عبد الرحمن الصابوني
دكتور في الحقوق

مدى حرية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة

مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين
الأحوال الشخصية العربية

تقديم

الشيخ محمد أبو زهرة الدكتور مصطفى السباعي

عبد الرحمن الصابوني
دكتور في الحقوق

رئيس قسم الشريعة الاسلامية
وأستاذ الأحوال الشخصية بجامعة حلب
مجاز من معهد الشريعة الاسلامية
للدراسات العليا بجامعة القاهرة
دبلوم في العلوم القانونية
شهادة اختصاص في الحقوق الخاصة

مدى حرية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية

تقديم

الشيخ محمد أبو زهرة — الدكتور مصطفى السباعي

الطبعة الثانية
مزيدة ومنقحة

دار الفكر

الباب الثالث

الطلاق باتفاق الزوجين

وهو يتضمن

الفصل الاول : الخلع في الشريعة الاسلامية والقوانين العربية

الفصل الثاني : الطلاق باتفاق الزوجين لدى الامم القديمة والشرائع السابقة

الفصل الثالث : الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الاجنبية المعاصرة

تمهيد

يتم الزواج بايجاب وقبول من الزوجين أو من يمثلهما . والاصل في كل عقد تم بإرادتين أن ينتهي بالاتفاق أيضاً إذا كانت طبيعته تجيز ذلك .

أما الزواج فهو وإن كان عقداً ، ولكنه ليس كسائر العقود لما له من صفة قدسية ، حتى ان بعض الامم والشرائع لا تسميه عقداً بل نظاماً له قوانينه وتشريعاته الخاصة .

والإسلام وقد جعل الاصل في انهاء الحياة الزوجية هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة ، لم يغفل جانب المرأة في هذا الموضوع الخطير الذي يتصل بحياة المرأة ، كما أعطى للقاضي هذا الحق لأن الحياة الزوجية تتصل بكيان الاسرة نواة المجتمع التي تتكون من مجموعاته الأمة .

وفضلاً عن ذلك كله ، فقد أباح الإسلام للزوجين إذا ما اتفقا على انهاء الحياة الزوجية بينهما ، أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما ساقه اليها من مهر — على ما ذهب اليه بعض الفقهاء — لقاء طلاقها لئلا يتضرر بما دفعه وتكبد من نفقات .

ولا يرد على هذا النظام الإسلامي ، اعتراض مفاده أن الزواج طالما تم بإرادتين فيجب كذلك ودائماً أن ينتهي باتفاق بين الرجل والمرأة ، والجواب على هذا أننا لو حصرنا حق الانفصال بين الزوجين بهذا الشكل وتعنّت أحد الطرفين وغالباً ما يفعل ذلك اضراراً بزوجه الآخر الذي لم يلجأ إلى طلبه إلا وهو في حالة الشقاق والخصام فلا يتحقق طلاق أبداً .

ولهذا جاء الإسلام فجعل الأصل أن يكون الطلاق بيد الرجل وأعطاه للمرأة في ظروف معينة سبق أن أشرنا اليها ، كما أعطى القاضي حق التفريق في حالات خاصة ، ثم أباح للزوجين أن ينهيا حياتهما الزوجية باتفاقهما .

ونظراً لأهمية هذا الموضوع فقد وضع الفقهاء شروطاً وأسباباً للطلاق بالاتفاق .

وسوف نبحث ما ذهب اليه الفقه الإسلامي والقوانين العربية في أحكام المخالعة بين الزوجين .

الفصل الاول

الخلع في الشريعة الاسلامية

المبحث الاول

حقيقة الخلع ومشروعيته

تعريف الخلع :

قلنا ان الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية ، تكون بأشكال مختلفة ، فتارة تكون بإرادة الرجل ، وتارة تكون بحكم الشرع وتارة تكون بحكم القاضي ، وتارة تكون باتفاق بين الزوج وزوجته ، وفي هذه الحالة تسمى الفرقة بالخلع .

فما هو الخلع ؟

الخلع لغة : الازالة . يُقال : خَلع الرجل ثوبه خلعاً (بفتح الخاء) أي أزاله عن جسده .

وخلع الرجل زوجته خلعاً (بضم الخاء) أي أزال عصمتها . أو هو انهاء عقد الزواج على بدل تدفعه الزوجة لزوجها .

والخلع شرعاً :

إزالة عقد النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه .

وقد عرّفه الفقهاء بتعريفات شتى ، نذكر منها :

تعريف ابن نجيم من الاحناف في البحر الرائق[1] :

« إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها ، بلفظ الخلع أو ما في معناه »[2] .

تعريف النووي من الشافعية في المنهاج[3] :

« فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع[4] » .

تعريف البهوتي من الحنابلة في كشاف القناع[5] :

« فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة » .

تعريف الشهيد العاملي من الجعفرية في الروضة البهية[6] :

« الطلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج » .

وعرّفه صاحب الجواهر بأنه إزالة قيد النكاح بفدية من الزوجة وكراهة منها له خاصة بدون العكس .

---

(١) البحر الرائق ٤/٧٧

(٢) وقال الزيلعي : ٢/٢٦٧ : اخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع
وعرفه ابن الهمام في الفتح ٣/٢٠٠ « إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع » .
وراجع تعريف الحصكفي في الدر ١/٣٩٥ فانه يشبه تعريف البحر –
وقال في الجوهرة ٢/٥٩ عقد بين الزوجين المال فيه من المرأة تبذله فيخلعها او يطلقها .

(٣) نهاية المحتاج ٦/٤٧ .

(٤) وقد زاد الرملي في شرحه : بعوض مقصود راجع لجهة الزوج – المصدر السابق وعرفه ابن حجر في الفتح الباري ٤/٣٢٦ فراق الرجل زوجته ببدل قابل للعوض يحصل لجهة الزوج .

(٥) ومثله في الإنصاف ٨/٣٨٢ ومنتهى الإرادات ٣/١٨٤ وكشاف القناع ٥/١٦٧ .

(٦) الروضة البهية ٢/١٦٣ .

تعريف خليل من المالكية في مختصره[1] : الخلع هو « الطلاق بعوض » .

تعريف ابن حزم من الظاهرية في المحلى[2] :

« هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه ، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها ، فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي إنما يجوز بتراضيهما » .

تعريف الشوكاني في نيل الأوطار[3] : « فراق الرجل زوجته ببدل يحصل له » .

تعريف اطفيش من الاباضية في شرح النيل[4] : « فرقة بين الزوجين بردّها اليه صداقها وقبوله اياه » .

* * *

التعريف الذي نضعه للخلع :

الخلع هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما دفعه اليها من مهر .

وقد راعينا في وضعنا هذا التعريف عدة أمور :

١ ــ ان الخلع قد يكون بطلب من الزوجة أو من الزوج .

٢ ــ وقد يتم بالتراضي بين الزوجين وإلا كان بحكم القاضي .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٤٠٦ وقال الدردير تعليقاً على تعريف خليل « هذا هو الاصل فيه وقد يكون بلا عوض اذا كان بلفظ الخلع بدون عوض والجواب انه تعريف لأحد نوعي الخلع وترك تعريف النوع الآخر لكونه بديهياً » .

اما انا فأرجح ان عدم ذكر خليل (الخلع بلا عوض) في تعريفه لا للأسباب التي ذكرها الدردير والدسوقي بل لأن في مذهب مالك خلافاً حول هذا الموضوع فأشهب ينقل عن مالك ان الخلع لا يكون إلا بعوض ، فحسماً للنزاع اقتصر في تعريفه على ذلك . ويؤيد ذلك تعريف ابن رشد في المقدمات ٢/١٠٧ ــ الخلع : بذل جميع المال على الطلاق .

(٢) المحلى ١٠/٢٣٥ .

(٣) نيل الاوطار ٦/٢٤٧ .

(٤) شرح النيل ٣/٤٨٠ .

٣ ـ لا بد فيه من عوض تدفعه الزوجة لزوجها وإلا كان طلاقاً .

٤ ـ يجب أن لا يتجاوز ما تدفعه الزوجة لقاء ذلك مقدار مهرها لئلا يتعسف الزوج في قبوله .

٥ ـ ولم نتعرض في تعريفنا لأثر الخلع وهل هو فسخ أم طلاق نظراً للخلاف القائم وسيأتي تفصيل ذلك[1] .

---

(١) ويلاحظ أن بعض هذه الامور مختلف فيها بين الفقهاء انما وضعتها حسب المنهج الذي اخترته ورجحته في بحثي الخلع في هذا الكتاب .

مصدر الخلع

جاءت أحكام الخلع في القرآن والسنّة وانعقد الاجماع على ذلك .

١ – القرآن الكريم :

أما القرآن : فقد وردت آيات كثيرة أخذ منها الفقهاء أحكام الخلع واستنبطوا القواعد الفقهية التي سوف نتناولها بالشرح في هذا البحث ، ومما يجدر ذكره ان الآية التي جاءت بأحكام الطلاق هي الآية التي جاءت بأحكام الخلع . قال الله تعالى[1] :

« الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان . ولا يحلّ لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً ، إلا ان يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله ، ومن يتعدّ حدود الله فأولئك هم الظالمون » .

بعد أن ذكر الله تعالى أن الطلاق مرتان ، وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح باحسان ، ذكر الله تعالى ان أخذ المال من الزوجة مما أعطاها محرم ، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي : إذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما ، كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها أو مع زوجها . ففي هذه الحال التي يحصل فيها الشقاق بين الزوجين لعدم حب أحدهما للآخر أو سوء خلقه أو سلوكه أو ارتكابه فاحشة مثلاً فأصبحت الحياة بينهما لا يراعى فيها أحكام الله التي شرعها للزوجين ، في هذه الحال يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالاً ليطلقها . ويسمى هذا بالخلع كما جاءت السنة النبوية بتطبيقه وشرح مجمله .

وهناك آيات أخرى جاءت ببعض أحكام الخلع :

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

قال الله تعالى[1] :

« وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه بهتاناً واثماً مبيناً » .

وهذه الآية تمنع الزوج أن يأخذ مالاً من زوجته ليطلّقها إذا كان النشوز من جانبه بدليل قوله تعالى : وإن أردتم استبدال ... فالخطاب للزوج ومعناه : إذا رغب الزوج أن يستبدل زوجه ، أو أن يتزوّج زوجة أخرى فلا يظلم زوجته الأولى حتى تفتدي نفسها فيطلقها .

وقال الله تعالى[2] :

« وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » .

وقال تعالى : « ان يتفرّقا يغن الله كلاً من سعته[3] . »

أي ان امرأة خافت من زوجها اعراضاً أو نفوراً أو كراهة بها أو حباً لغيرها ، فلا إثم عليها في هذه الحالة ان يصلح بينهما والصلح خير ، أي خير من الفراق[4] : ولم يذكر الفراق ولكن إذا لم يتم الصلح فلا بد من الفراق لتعذر استمرار الحياة بين زوجين لا يقيمان حدود الله في معاشرتهما .

* * *

دعوى نسخ الخلع :

قال ابو عبد الله بكر بن عبد الله المزني إن الخلع لا يجوز لأن آية الخلع : فإن خفتم ألا

---

(١) سورة النساء آية ٢٠

(٢) سورة النساء آية ١٢٨

(٣) سورة النساء آية ١٣٠

(٤) جاء في تفسير القاسمي ١٥٩٣/٥ : قال بعض مفسري الزيدية : وفي هذه الآية حث على الصبر على نفس الصحبة لقوله تعالى : والصلح خير اي خير من الفرقة وسوء العشرة .
وقال القاسمي في قوله تعالى : وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته . فيه زجر لهما عن المفارقة رغماً لصاحبه وتسليمه لهما بعد الطلاق ١٦٠٠/٥ .

يقيما حدود الله ....منسوخة بآية : وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً[1] .

جاء في تفسير الطبري[2] – عن عقبة بن أبي الصهباء قال :

سألت بكر بن عبد الله عن رجل تريد امرأته منه الخلع ، فقال : لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً ، قلت : يقول الله تعالى ذكره في كتابه : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » قال : هذه نسخت قلت : فانى حفظت ؟... قال حفظت في سورة النساء في قول الله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً واثماً مبيناً » .

وللجواب على دعوى النسخ نقول :

إن النسخ لا يكون عادة إلا حين وجود تعارض بين حكمين أو آيتين لا يمكن الجمع بينهما فهل هذا يشمل موضوعنا [3] ؟

لدينا آيتان : الاولى تقول : فان خفتم ألا يقيما حدود الله ... فيها إباحة للزوج أن يأخذ من مال زوجته إذا خشي عدم اقامة حدود الله كأن تكون كارهة له أو مبغضة أو تسيء عشرته أو نحو ذلك .

والآية الثانية تقول : وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج والخطاب هنا للزوج ، أي إذا أراد الزوج أن يستبدل زوجته فالسبب هنا ليس من الزوجة بل من الزوج ولهذا قال

---

(١) ابو عبد الله بكر بن عبد الله بن عمرو بن هلال المزني البصري احد التابعين ومن كبار فقهائهم . روى عنه قتادة توفي سنة ١٠٦ . طبقات ابن سعد ١٥٢/٧ .

وابو عبد الله هذا غير المزني الفقيه الشافعي تلميذ الإمام الشافعي وترجمته : ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني المصري ولد عام ١٧٥ واتصل بالشافعي سنة ١٩٩ توفي سنة ٢٦٤ قال الشافعي : المزني ناصر مذهبي وقد ظن استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف ان هذا هو الذي قال بالنسخ مع ان المزني لم يخالف استاذه فيما ذهب اليه – والمقصود الاول – فرق الزواج ص ١٦٤ .

(٢) تفسير الطبري ٥٨٠/٤ .

(٣) يقول الخضري في اصول الفقه ص ٤٥ : إن إبطال نص لاحق لنص سابق موقوف على احد امرين : ١) ان ينص اللاحق على انه ناسخ للسابق ٢) ان يكون بين النصين تناقض بحيث لا يمكن الجمع بينهما .

بعض الفقهاء لا يجوز للزوج إن كانت الاساءة والكراهية من جانبه ، أن يأخذ عوضاً على طلاقه .

وقال جمهور الفقهاء يكره في هذه الحال .

فالله تعالى أباح الخلع في حال بغض الزوجة ونفورها ، وحظره في حال بغض الزوج ونفوره ، فهما آيتان لحكمين وحالين مختلفين فلا نسخ فيهما .

وان اجماع الصحابة ومَنْ بعدهم إلى عصرنا هذا على ان الخلع مشروع غير منسوخ .

قال الطبري في تفسيره[1] : فأما ما قاله بكر بن عبد الله من ان هذا الحكم في جميع الآية منسوخ ... فقول لا معنى له .

* * *

٢ ـ السنة النبوية :

روي عن النبي عليه الصلاة والسلام في كتب الحديث الصحيحة روايات كثيرة في مشروعية الخلع ، سأذكر أهم ما اطلعت عليه منها ، وهي وان كانت تدور حول موضوع واحد بل حول خلع امرأة جاءت تشكو زوجها إلى النبي ﷺ الا انني اخترت جميع الروايات التي منها استمد الفقهاء أحكامهم .

جاء في صحيح البخاري[2] :

١) ـ عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس ابن شماس[3] إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين

---

(١) تفسير الطبري ٥٨٠/٤ .

(٢) صحيح البخاري ٣٣٠/٩ .

(٣) هو ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك بن امرىء القيس .
كان خطيب الانصار ومن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم . لم يشهد بدراً . وشهد احداً وبيعة الرضوان . راجع : تاريخ الاسلام للذهبي ٣٧١/١ . طبقات ابن سعد ٢٠٦/٥ اسد الغابة لابن الأثير ٢٢٩/١ الاصابة في ترجمة الصحابة لابن حجر ٢٠٣/١ اعلام النبلاء ٢٢٤/١ .

ولا خلق ، إلا اني أخاف الكفر (١) . فقـــال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفتردين عليه حديقته ؟ ... قالت : نعـــم ، **فردت عليه فأمره ففارقها .**

وجاء في سنن البيهقـــي (٢) :

٢) — من طريق عطاء قال : أتت امرأة النبي صلى الله عليه وسلم وقـــالت : اني أبغض زوجي وأحب فراقه ، قـــال أتردّين عليه حديقته التي أصدقك ؟ ... قالت نعم وزيادة . فقـــال النبي صلى الله عليه وسلم : **اما الزيادة فلا .**

وروى الطـــبري باسناده (٣) :

٣) — عن عائشة : ان حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فضربهـــا فكسر نُغضها (٤) . فأتت رسول الله بعد الصبح فاشتكته . فدعا رسول الله صـــلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال : خذ بعض مالهـــا وفارقها .

قال : **ويصلح ذلك يا رسول الله ؟ ...** قال : نعم . قال : فاني أصدقتهـــا حديقتين وهما بيدها . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : خذهما وفارقها ، ففعـــل .

وروى الحـــاكم في المستدرك (٥) :

٤) — عن عكرمة انه قال : كان ابن عباس يقول : ان أول خلـــع كان في الإسلام أخت عبد الله بن أُبي . أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يـــا رسول الله

---

(١) الكفر هنا معناه كفر العشير ، ومعنى كلامها انها تخشى إن بقيت تحت عصمته ألا تقيم حدود الله في صحبتها لأنها لا تستطيع أن تؤدي واجباتها نحو زوجها وهذا لا يجوز في الإسلام ، فخشية ذلك طلبت الفرقة . ويفسر كلمة الكفر رواية أخرى قالت فيها لا أطيقه بغضاً . قال الشوكاني ٦/٢٤٨ أي كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له .

(٢) سنن البيهقي ٧/٣١٣ .

(٣) تفسير الطبري ٤/٥٥٦ .

(٤) قوله : — فكسر نغضها بضم النون وسكون الغين — العظم الرقيق على طرف الكتف .

(٥) المستدرك ٢/٢١٠ — ٢١١ وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الاسناد — ووافقه الذهبي وهو اسناد صحيح متصل — ورواه الطبري ٤/٥٥٢ .

لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبداً اني رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدة ، فإذا هو أشدهم سواداً وأقصرهم قامة وأقبحهم وجهاً . قال زوجها : يا رسول الله اني أعطيتها أفضل ما لي ، حديقة . فان ردت علي حديقتي :

قال : ما تقولين ؟... قالت : نعم وإن شاء زدته . قال : ففرق بينهما .

٥) — وروى ابن عبد البر في الاستيعاب[١] : ان جميلة بنت أبي سلول كانت عند ثابت بن قيس فنشزت عليه ، فأرسل اليها النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا جميلة ما كرهت من ثابت ؟ قالت : والله ما كرهت منه ديناً ولا خلقاً إلا اني كرهت دمامته . فقال لها : أتردّين الحديقة ؟... قالت : نعم . فردت الحديقة وفرق بينهما .

وقد روى هذا الحديث الطبري وقال : وقد ذكر ان هذه الآية نزلت في شأنهما .

وروى الدارقطني [٢]

٦) — عن أبي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته التي أعطاك ؟... قالت : نعم وزيادة . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا ولكن حديقته . قالت : نعم . فأخذها وخلى سبيلها ، فلما بلغ ذلك **ثابت بن قيس ، قال : قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .**

رواه الدارقطني باسناد صحيح وقال : سمعه ابو الزبير من غير واحد .

٧) — وروى أحمد في مسنده[٣] :

أن حبيبة بنت سهل الانصارية كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وان رسول الله رآها عند بابه بالغلس فقال رسول الله : مَن هذه ؟... قالت : أنا حبيبة بنت سهل ،

---

(١) الاستيعاب ص ٧٣٢ — ٧٣٣ .
(٢) منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار ٦/٢٤٧ .
(٣) مسند احمد ٦/٤٣٣ — ٤٣٤ .

لا أنا ، ولا ثابت ابن قيس !! لزوجها . فلما جاء ثابت قال له رسول الله : هذه حبيبة بنت سهل تذكر ما شاء الله ان تذكر . فقالت حبيبة : يا رسول الله كل ما أعطانيه عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذ منها . فأخذ منها وجلست في بيتها .

رواه الشافعي في الأم .

ورواه البيهقي في سننه[1] .

رواه عبد الرزاق في المصنف[2] .

رواه الطبري في تفسيره[3] .

وجاء هذا الحديث في تفسير قوله تعالى : « الطلاق مرتان » في أحكام القرآن للقرطبي[4] .

٨) — وروى الترمذي[5] — عن الربيع بنت معوذ انها اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي أو أمرت أن تعتد بحيضه. رواه الترمذي وقال : حديث الربيع الصحيح انها أمرت ان تعتد بحيضه .

٩) — وروى أبو داود والترمذي[6] — عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضه — رواه أبو داوود والترمذي، وقال حديث حسن غريب .

١٠) — وروى البيهقي : ان ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر وأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمن عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال عبد الله ابن عمر : عدتها عدة المطلقة[7] .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٣١٢/٧ — ٣٣ .

(٢) مصنف عبد الرزاق مخطوط مصور ج ٤ ص ١٧ معهد المخطوطات العربية .

(٣) تفسير الطبري ٥٥٥/٤ وانظر التعليق فإنه مفيد وتخريج هذا الحديث في هامش التفسير للاستاذ شاكر . ورواه السيوطي في الدر المنثور ٢٨٠/١ .

(٤) القرطبي . ٣ / ١٢٨

(٥) منتقى الاخبار ٢٤٦/٦ .

(٦) منتقى الاخبار . المصدر السابق .

(٧) السنن الكبرى للبيهقي ٣١٥/٧ .

١١) ـ وروى البخاري [١] : ـ عن عكرمة عن بن عبـــاس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام . فقـــال رسول الله : أتردين عليه حديقته ؟ ... قـــالت : نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقـــة [٢] .

* * *

الاجماع :

أجمع المسلمون على مشروعية الخلع . ولم يخـــالف إلا بكر بن عبد الله المزني ولكن الاجماع انعقد قبـــل خلافه .

قال مالك [٣] :

لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم ، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا ، وهو أن الرجـــل

---

(١) صحيح البخاري ٣٢٩/٩ .

(٢) وقع خلاف حول نسبة امرأة ثابت بن قيس هل هي بنت سلول ام بنت عبد الله بن أبي أم بنت أبي ـ فقد جاء في رواية ابن عباس انها بنت سلول . وفي حديث أبي الزبير انها بنت عبد الله بن أبي سلول . وفي رواية للبخاري انها بنت أبي . قال ابن الاثير والنووي : انها اخت عبد الله وجزما بذلك .
ونقل ابن سعد في الطبقات : جميلة بنت عبد الله بن أبي ـ وقال الدمياطي والذي وقع في البخاري من انها بنت أبي وهم ، وقال ابن حجر : جميلة هي أخت عبد الله . لكن نسب أخوها إلى أبي كما نسبت هي إلى جدتها سلول .
وكذلك وقع خلا ف حول اسمها هل هي جميلة أم حبيبة بنت سهل؟.. قال البيهقي : اضطرب الحديث في تسمية امرأة ثابت ويمكن أن يكون الخلع تعدد من ثابت.قال ابن عبد البر: اختلف في امرأة ثابت بن قيس . فذكر البصريون انها جميلة بنت أبي . وذكر المدنيون انها حبيبة بنت سهل . وقال الذهبي في اعلام النبلاء : اسمها : جميلة بنت عبد الله بن أبي سلول . قال ابن حجر : الذي يظهر لي أنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقين واختلا ف السياقين ـ طبقات ابن سعد ٣٢٦/٨ ـ فتح الباري ٩٢٧/٩ ، اعلام النبلاء ٦٩/١ نيل الاوطار ٢٤٨/٦ .

(٣) المدونة ٢٢/٥ تفسير القرطبي ١٣٨/٣ .

إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ اليها ولم توئت من قبله وأحبت فراقه ، فانه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم .

وقال ابن قدامه في الخلع :

وهو قول عمر وعثمان ... ولم نعرف لهم في عمرهم مخالفاً : فيكون اجماعاً[1] .

وجاء في فتح الباري : وأجمع العلماء على مشروعيته إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور[2] .

وقد ذكر الشوكاني في فتح القدير بعد أن حكى رأي المزني قال :

وهو قول خارج عن الاجماع[3] .

وقال ابن عبد البر : ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني[4] فالاجماع منعقد على مشروعية الخلع .

* * *

(١) المغني ١٧٤/٨ .
(٢) فتح الباري ٣٤٦/٩ .
(٣) تفسير الشوكاني : فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية ٢١٣/١ .
(٤) ١٧٤/٧ .

صفة الخلع

نريد أن نبحث هنا الأصل في الخلع وهـــل هو مكروه ، أم مباح بعد أن تتوفر شروطه .

هل الخلع مباح أم مكروه ؟.. بصرف النظر عمـــا يعتريه من حالات الوجوب ، كما لو حكم به حكمان أو أمر القاضي به .

أكثر من بحث الخلع من الفقهاء ، نظروا إلى مشروعيته وقالوا إنه طلاق والأصل في الطلاق الاباحة أو الحظر . بل بعضهم علّل ذلك بأن كل ما ذكر من كراهة أو تحريم هو فيما يتعلق بالعوض . أما الخلع فتسري عليه أحكام الطلاق . ولكني أرى أن قياس الطلاق على الخلع في الحظر والاباحة غير دقيق . فالطلاق هو فرقة تتم بإرادة الزوج وحده . أما الخلع فهو اتفـــاق بين الزوجين على انهاء الحياة الزوجية فالفرق بينهما واضح .

والحالة التي يكره فيها الخلع هي حين تطلب الزوجة من زوجها الطلاق بدون سبب يستوجبه . وبهذا جاءت الأحاديث التي تذم الخلع .

فإذا طلبت الزوجة الخلع وكان ذلك بدون سبب فهذا مكروه ولكن بالنسبة للزوج إذا ما طلّقها هل هذا يعتبر محظوراً لأنه طلاق بدون سبب ؟...

أعتقد ان طلب المرأة من زوجها أن يطلقها يعتبر سبباً يبيح له الطلاق لأن مَن تطلب الطلاق يصعب الحياة معها وإن استمرت فإلى أمد قريب .

أما آراء ونصوص الفقهاء التي اطلعت عليها في هذا الموضوع فاني أثبتها هنا لعلّ القارئ يجد فيها بعض ما وجدت أو يخالفني ولكل رأي فيما يفهمه ويراه .

جاء في الروضة الندية[1] : « لو اختلعت نفسها بلا سبب فجائز مع الكراهـــة لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يفتشوا عن سبب الاختلاع من جانبها » .

---

(١) الروضة الندية ٢/٦٠ .

ولكني أقول إن النبي عليه السلام وإن لم يسأل زوجة ثابت عن سبب بغضها زوجها، فإنها هي التي ذكرت له ذلك بقولها: لا أعتب على ثابت في خلق ولا دين ولكني لا أطيقه بغضاً. فماذا يسألها بعد ذلك.

واستشهد من قال بكراهية الخلع بأحاديث عن النبي عليه السلام منها:

ما رواه ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة[1]: ولكن هذا الحديث صريح بأن كراهية الخلع إذا لم يكن هناك سبب يدعو اليه.

وبما رواه الحسن البصري عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام: المنتزعات والمختلعات هن المنافقات[2].

ولكن ابن حزم رد هذا الحديث وقال: قال الحسن: لم أسمعه من أبي هريرة، فسقط الاستدلال بهذا الحديث[3].

وقال ابن حجر: أخرجه أحمد والنسائي وفي صحته نظر لأن الحسن عند الأكثر لم يسمع من أبي هريرة[4].

وجاء في تحفة المحتاج[5]: وأصله مكروه وقد يستحب كالطلاق.

وقال في مغني المحتاج[6]: ولكنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع.

وجاء في فتح الباري[7]: وهو مكروه إلا في حال مخافة ألا يقيما حدود الله أو واحد منهما ما أمر به.

---

(١) تفسير الشوكاني ١/٢١٤ جاء في المغني ٨/١٧٤ وقال رواه ابو داود.
(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٧/٣٧٦.
(٣) المحلى ١٠/٢٣٦.
(٤) فتح الباري ٩/٣٣٢.
(٥) تحفة المحتاج ٧/٤٥٧.
(٦) مغني المحتاج ٣/٢٦٢.
(٧) فتح الباري ٩/٣٤٦.

وقد ينشأ ذلك عن كراهة العِشرة إما لسوء ُخلق أو خَلق .

وقال الدسوقي[1] : إن الخلع جائز على المشهور وليس بمكروه .

وقيل يكره . وهو قول ابن القصار . واعلم أن الخلاف فيه من حيث المعاوضة على العصمة وأما من حيث كونه طلاقاً فهو مكروه بالنظر لأصله اتفاقاً . لقوله عليه السلام : أبغض الحلال إلى الله الطلاق .

وقال في المختصر النافع : لو خالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح ولم يملك الفدية[2] .

وجاء في المغني[3] : إذا خالعت المرأة زوجها والحال عامرة والاخلاق ملتئمة فانه يكره لها ذلك .

وجاء في الانصاف [4] : وإذا كانت المرأة مبغضة للرجل ، أو تخشى أن لا تقيم حدود الله في حقه ، فلا بأس أن تفتدي نفسها منه . فيباح للزوجة ذلك .

والحالة هذه على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الاصحاب . وجزم الحلواني بالاستحباب .

(١) حاشية الدسوقي ٢/٤٠٦ .
(٢) المختصر النافع ٢٢٧ .
(٣) المغني ٨/١٧٥ .
(٤) الانصاف ٨/٣٨٣ .

المبحث الثاني

اركان الخلع

من التعريف الذي وضعناه للخلع نرى أنه لا بد من توافر الاركان التالية لتحققه :

١ ـ صيغة

٢ ـ زوج

٣ ـ زوجة

٤ ـ عوض

ثم نبحث أخيراً هل يشترط أن يكون الخلع لدى القاضي .

* * *

الفرع الاول

الصيغة

المطلب الاول ـ المعاطاة

هل يصح الخلع بالمعاطاة أم لا بد من الايجاب والقبول ؟.. أي هل يشترط للخلع صيغة يتلفظ بها الزوج والزوجة بينهما ؟... أم ان أي فعل منهما دلّ على ذلك جاز الخلع .

والمعاطاة هي مبادلة فعلية تدل على تبادل الارادتين دون تلفظ بايجاب وقبول[1] كما لو دفعت الزوجة لزوجها مالاً فأخذ الزوج المال ثم فارقها أو فارقته دون تلفظ بايجاب أو قبول فهل يصح الخلع[2] ؟

حرّم الفقهاء التعاطي في النكاح لأنه عقد يرد على المتعة الجنسية إذ لا فرق حينئذ بين النكاح والسفاح في هذا إلا أن النكاح له آثاره وخطورته ونتائجه الفعلية . فلو جاز التعاطي في النكاح بأن يدفع رجل لامرأة مبلغاً من المال دون أن يتلفظا وتعيش معه كزوجة لم يكن هذا دليلاً على زواج يميزه عن السِفاح المحرّم ولهذا قالوا لا بد من الايجاب والقبول اللفظيين .

---

(١) راجع المادة ١٧٥ مجلة الاحكام العدلية .

(٢) قال ابن تيمية في الاختيارات العلمية ٢٦٨/٣ للفقهاء في العقود ثلاثة أقوال : — ١) — ان الاصل في العقود انها لا تصح الا بالصيغة كالايجاب والقبول ٢) — انها تصح بالافعال فيما كثر عقده كالمبيعات بالمعاطاة وكالوقف، وكبعض أنواع الاجارة لان الناس تعارفوا على ذلك بخلاف المعاطاة في الاموال الجليلة فانه لا حاجة اليه ولم يجربه عرف ٣) — انها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول او فعل فكل ما عده الناس بيعاً واجارة فهو بيع واجارة .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا [1] :

فلو جاز التعاطي في عقد الزواج بأن يدفع رجل إلى امرأة مبلغاً من المال كمهر بقصد الزواج ، فتتابعه دون أن يتلفظا بعقد ، وتعيش معه ويتعاشرا كالازواج لما كان في هذا التعاطي دلالة ظاهرة على أكثر من التراضي على المعاشرة والاستمتاع وان مجرد التراضي على الاستمتاع لا يكفي في تمييز النكاح عن السفاح كما يكفي في تبادل الاموال ، بل لا بد من ظهور التراضي على غرض الزواج المشروع وتحمل نتائجه الشرعية ولا يظهر هـذا الغرض بصورة لا اشتباه فيها إلا التعبير اللفظي .

فلذلك أجمعت الاجتهادات الإسلامية على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي دون الايجاب والقبول اللفظيين[2] ...

فهل يجوز التعاطي في الخلع ؟... كأن تدفع له مالاً معيناً وتفارقه دون تلفظ بايجاب أو قبول أم لا بد من الايجاب والقبول صراحة ؟...

لم أجد من أجاز ذلك صراحة إلا المالكية وبعض الحنابلة وبعض المذاهب نصت على تحريمه ، وبعضها الآخر سكت عن ذلك .

* * *

المعاطاة في الخلع عند المالكية :

أجاز المالكية الخلع بالمعاطاة إذا قام العرف دليلاً على قصد كل من الزوجين بالفرقة . فقالوا لا يشترط في هذه الحال الايجاب والقبول صراحة .

جاء في شرح الخرشي[3] :

« وكفت المعاطاة : اي كأن تعطيه شيئاً على وجه يفهم منه انه في نظير العصمة ويفعل

---

(١) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقا ص ٢٣٠ .

(٢) يقول القرافي في كتابه الفروق بعد ان ساق الادلة على تحريم انعقاد النكاح بالتعاطي : فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها احد بالمعاطاة في النكاح كما قالوه في البيع ٣/١٤٣ و ٣/١٨٠ .

(٣) شرح الخرشي ٣/١٦٣ .

فعلاً يدل على قبول ذلك . كأن تكون عادتهم إذا خلعت سوارها من يدها ودفعته له أو خرجت من الدار ولم يمنعها انه طلاق . »

وقال الحطاب[1] :

« ولا يشترط أن يكون بصيغة خاصة بل تكفي المعاطاة . »

وقال الدردير [2] : « وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق فيمن عرفهم المعاطاة . »

وقال الدسوقي [3] : « إن الفعل لا يقع به طلاق ولو قصد به الطلاق ما لم يجر عرف باستعماله في الطلاق وإلا فيقع به الطلاق . فان صاحبه عوض فهو بائن وإلا فهو رجعي . »

المعاطاة في الخلع عند الشافعية :

لا يجوز الخلع بالمعاطاة عند الشافعية بل لا بد من ايجاب وقبول بين الزوج وزوجه وما عدا ذلك من فعل فلا يدل على التراضي بينهما .

قال في مغنى المحتاج « ويشترط قبولها فتقول قبلت أو اختلعت أو نحوه فلا يصح القبول بالفعل بأن تعطيه القدر »[4] .

* * *

المعاطاة في الخلع لدى الحنابلة :

اختلف الحنابلة : هل يقع الخلع بالمعاطاة أم لا يقع . وكل فريق روى عن الإمام أحمد ما يؤيد وجهة نظره .

قال أبو حفص وأبو علي بن شهاب : إن الخلع بالمعاطاة جائز . لما روى اسحاق ابن منصور عن أحمد قال : قلت لأحمد كيف الخلع ؟... قال : إذا أخذ المال فهي فرقة .

---

(١) مواهب الجليل ٣٧/٤ .

(٢) شرح الدردير ٤١٩/٢ .

(٣) حاشية الدسوقي المصدر السابق ٤١٩/٢ .

(٤) مغني المحتاج ٢٦٩/٣ .

وعن علي رضي الله عنه : من قبل مالاً على فراق فهي تطليقة بائنة لا رجعة فيها .

وإلى هذا مال ابن تيمية حيث قال : ــ ولعله هو الغالب على نصوص أحمد بل قد نص على ان الطلاق يقع بالفعل والقول[1] .

وقال القاضي أبو يعلى وابن حامد لا تقع الفرقة إلا بإيجاب وقبول بناء على ان الفرقة فسخ النكاح والنكاح يفتقر إلى لفظ فكذا فسخه .

وقد أيد ذلك ابن قدامة فقال : لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله ، من غير لفظ الزوج[2] . »

وقال صاحب الشرح الكبير « ولأن الخلع إن كان طلاقاً فلا يقع بدون صريحة أو كناية وإن كان فسخاً فهو أحد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد[3] . »

وجاء في الانصاف[4] « لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج فلا بد من الايجاب والقبول في المجلس » .

المعاطاة في الخلع لدى الزيدية :

لا يجوز الخلع بالمعاطاة في المذهب الزيدي ، ولكني وجدت في الروض النضير[5] قولاً في صحة الخلع بالمعاطاة فقد جاء فيه :

واعلم أن الفقهاء شرطوا في صحة الخلع الايجاب أو ما في حكمه في مجلس العقد ، أو الخبر به قبل الاعراض وليس في الأدلة ما يفيده . وقد أشار المحقق الجلال إلى ذلك فقال ظاهر حديث اختلاع امرأة ثابت يقتضي بعدم اشتراط العقد وان المعاطاة كافية في صحة الخلع لأن رواية الموطأ وأبي داوود والنسائي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : خذ بعض مالها وفارقها .

(١) الاختبارات العلمية ٢٦٨/٣ .
(٢) المغنى ١٨٢/٨ .
(٣) الشرح الكبير ١٨٦/٨ .
(٤) الانصاف ٣٩٧/٨ .
(٥) الروض النضير ١٦٩/٤ .

المطلب الثاني ـ الصيغة التي ينعقد بها الخلع وتكييفها الفقهي

صيغة الخلع عند الاحناف :

الفرقة على مال عند الاحناف تكون إما بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمباراة أو تكون بلفظ الطلاق على مال . والفرق بينهما ان الخلع أو المباراة من ألفاظ الكناية وأما الطلاق على مال فهو من الألفاظ الصريحة . فإذا خلت الفرقة عن المال ، فان كانت بلفظ الخلع كانت طلاقاً بائناً لأن الكناية يقع بها طلاق بائن وأما الطلاق على مال فيصبح رجعياً إذا خلى عن العوض[1] .

على أن الإمام محمداً لم يفرق بين الخلع والطلاق على مال وجاءت بعض كتب الاحناف دون أن تفرق بينهما .

قال القدوري[2] : الفاظ الخلع خمسة :

خالعتك ـ بارأتك ـ فارقتك ـ باينتك ـ طاقي نفسك على الف .

وبما ان الخلع من الكنايات فإذا خلا عن العوض أصبح طلاقاً على مال ولكنه بائن لأنه بلفظ الكناية وتسري عليه أحكام الكنايات[3] .

نستطيع أن نوفق بين رأي الاحناف في أن الخلع كناية ، وبين من يقول انه صريح ؛ إن الاحناف يقولون إذا اقترنت صيغة الخلع بالعوض كان صريحاً لأن العوض يقوم مقام النية ـ فعلى أشهر الروايات الثلاث عن أبي حنيفة التي تقول ان الخلع إذا لم يكن على مال كان مجرد طلاق بائن توحد المعنى وأصبح الخلع دائماً مقروناً بالمال وهكذا يصبح صريحاً لا كناية .

---

(١) وكذلك الحكم ما لو ظهر العوض فاسدا كما لو كان مالا غير متقوم وقع الطلاق بائناً ولا شيء للزوج ان كان بلفظ الخلع اما لو كان طلاقاً على مال وفسد العوض فالطلاق رجعي .

(٢) القدوري ٢/٦٠ ـ وجاء في تنوير الابصار : ان الخلع يكون بلفظ البيع والشراء والطلاق والمباراة كبعت نفسك او طلقتك على كذا ...

(٣) وقال صاحب الدر بشرحه ٣٩٦/١ والخلع في الكنايات ... فيعتبر فيه ما يعتبر .

التكييف الفقهي :

إن الخلع وإن كان لا يتم إلا بايجاب وقبول إلا ان أبا حنيفة لم يعطه حكم المعاوضة من الجانبين ، بل اعطاه حكم اليمين من جانب الزوج ، وحكم المعاوضة من جانب الزوجة . فاذا قال الزوج لزوجته خالعتك على الف ، فكأنه قال لها ان اعطيتني الفاً فانت طالق . والتعليق عند الاحناف في حكم الايمان ، فان قبلت والتزمت بالألف وقع الطلاق

وذهب الصاحبان ابو يوسف ومحمد الى ان الخلع من جانب الزوجة يمين أيضاً لانها بقبولها تكمل يمين الرجل ، فلا فائدة من تعليق الزوج كلامه اذا لم توافق الزوجة فيحصل جواب الشرط . ولهذا قالوا انه يمين من الجانبين . وعلى كل فان الراجح في مذهب الاحناف هو القول الاول الذي ذهب اليه أبو حنيفة .

وقد وضع الفقهاء ما يترتب على كون الخلع يميناً من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة أحكاماً عدة نلخصها فيما يأتي :

ما يترتب على كون الخلع يميناً من جانب الزوج [١] :

١ ـ إذا أوجب الزوج الخلع ابتداء بأن قال لزوجته خالعتك على الف مثلاً فلا يملك الرجوع عن ايجابه قبل قبول الزوجة . لأن ايجاب الخلع من الزوج معناه تعليق الطلاق على قبولها فهو يمين من جانبه فلا يملك الرجوع عنه ، أما لو كان معاوضة لصح رجوعه قبل قبولها .

٢ ـ لا يجوز للزوج أن يشترط لنفسه خيار الشرط فان شرط ذلك ، لغا الشرط وصح العقد ، كما لو قال لها خالعتك على الف ، على اني بالخيار ثلاثة أيام وقبلت وقع الطلاق ولزمها المال ولا عبرة بالشرط .

---

(١) المبسوط ١٧٣/٦ .

أما لو كان معاوضة في حقه لصح خيار الشرط وكان له ما شرط[1] .

٣ ـ إذا أوجب الزوج الخلع ، وقبل قبول الزوجة قام من مجلسه فلا يبطل ايجـابه بقيامه . ولو كان معاوضة لبطل بقيامه لانتهاء المجلس قبل قبول الطرف الآخر .

٤ ـ يجوز للزوج أن يعلق ايجابه على شرط أو يضيفه إلى زمن مستقبل ، كأن يقول لها : ان تزوجت عليك فقد خالعتك على الف ، أو إن جاء أخوك فقد خالعتك على ألف أو خالعتك على الف بعد شهر ، فالايجاب صحيح . فإن قبلت الزوجة بعد تحقق الشرط أو وجود الزمن المضاف اليه وقع الطلاق وتم الخلع .

فلو كان الخلع معاوضة من جـانب الزوج لما صح تعليقه على شرط ولا اضافته إلى المستقبل .

وليس للزوجة أن تقبل قبل تحقق الشرط أو مجيء الزمن المضاف اليه[2] .

اما ما يترتب على كون الخلع معاوضة من جانب الزوجة [3] .

اعتبر الخلع معاوضة من جانب الزوجة لأنها تعطي الزوج مالاً نظير طلاقها ، وهذه هي معاوضة بين طرفين بايجاب وقبول ، أحدهما يدفع المال والثاني يعطيه بدلاً عن ذلك المال تمليك نفسها أي طلاقها .

١ ـ يشترط في قبول الزوجة الخلع أن تكون عالمة معناه [4] وما يترتب على ذلك من التزامات . أما إذا لم تعلم كما لو خاطبها بلغة لا تفهمها مثلاً فلا يصح قبولها ، ولا يلزمها

---

(١) نقل ابن الهمام عن التجنيس رواية انه يجوز قبول الزوجة قبل تحقق الشرط وقال : من صور تعليق الخلع ان يقول ان دخلت الدار فقد خلعتك على الف فتراضيا عليه ففعلت مع الخلع » ـ فتح القدير ٣/٢١٤ .

(٢) المبسوط ٦/١٧٣

(٣) المصدر السابق .

(٤) ومن البديهي ان نقول انه يشترط ان تكون كاملة الاهلية للتصرف وسنبحث هذا في بحث خاص ـ كما ان شروط التعاقد أيضاً يجب أن تتوفر فعيوب الرضا اذا شابت إرادة أحد المتعاقدين وخاصة الزوجة فلا يصح العقد كما في حالة الإكراه .

المال ، ولا يقع الطلاق . لأنه يشترط في المعاوضات العلم بمعنى الايجاب .

٢ ــ بما ان الخلع معاوضة من جانب الزوجة ، فلا بد أن يتم قبولها في مجلس الايجاب ، فإذا قال لها الزوج خالعتك على الف ثم خرجت من المجلس وقبلت بعد ذلك فلا يعتبر . لأن الايجاب يبطل حينئذ ولا بد من ايجاب وقبول من جديد .

أما إذا كانت غائبة عن مجلس الايجاب فيعتبر قبولها في مجلس علمها بالايجاب .

٣ ــ إذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداء ثم قامت من المجلس أو قام الزوج قبل قبوله بطل الايجاب ، ولا بد من ايجاب جديد كما هو حكم المعاوضات .

٤ ــ للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار[١] في مدة معينة لتقبل أو ترد فلو قال لها خالعتك على الف فقالت قبلت على ان لي الخيار ثلاثة أيام فقبل الزوج صح هذا الشرط[٢] ، لأن اشتراط الخيار في المعاوضات جائز[٣] .

٥ ــ ولا يجوز للزوجة أن تعلق ايجابها على شرط ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل ، لأن المعاوضات لا تقبل التعليق ولا الاضافة .

صيغة الخلع عند المالكية :

لفظ الخلع : والخلع عند المالكية لا يختص بلفظ معين ، فيقع بألفاظ مختلفة كالفدية والصلح والمباراة وكلها تؤول إلى معنى واحد . وهو بذل المرأة المال في سبيل طلاقها .

وقد فرق المالكية في هذه الالفاظ تفريقاً يتصل بالعوض الذي تدفعه المرأة لزوجها فقالوا :

---

(١) يقول الدكتور مدكور في تاريخ التشريع الاسلامي ص ٤٩١ وخيار الشرط شرع في الواقع لحماية المتعاقد من التزامه بعقد يكون الرضا فيه غير موفور والرغبة فيه لم تتأكد .

(٢) وقال ابو يوسف ومحمد : ـــ لا يجوز للزوجة ان تشترط الخيار فاذا ما اشترطت لغا الشرط ووقع الطلاق ، وسبب خلافهما مع ابي حنيفة انهما يريان ان الخلع يمين من جانب الزوجين اما ابو حنيفة فكما قلنا يرى انه يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة .

(٣) ويسري حكم شرط الخيار كما في سائر العقود التي تقبل هذا الشرط .

وقد أثبت الروايتين معاً صاحب البهجة فقال[١] : إذا قصد ايقاع الخلع من غير عوض كان خلعاً عند مالك لأنه طلاق قصد أن يكون خلعاً فكان على ما قصده كالذي معه العوضّ . وقال أشهب يكون رجعياً .

التكييف الفقهي للخلع :

يرى المالكية ان الخلع معاوضة من الجانبين ، ومقتضى ذلك ان الحكم فيه من حيث الايجاب والقبول كالحكم في سائر المعاوضات[٢] .

١) فيجب أن يكون القبول في المجلس فإذا قامت من مجلسها بطل الايجاب . وان يكون الايجاب موافقاً للقبول فإذا قال لها خلعت ثلاثاً بألف فقالت قبلت بواحدة بثلث الالف لم يلزم طلاق[٣] .

شرط الرجعة في الخلع عند المالكية :

لو بذلت الزوجة عوض الخلع وشرط الزوج عليها ان له الرجعة فهل يصح هذا الشرط ويقع الخلع طلاقاً رجعياً أم لا يصح ؟...

روايتان عن مالك رواهما ابن وهب ؛ الأولى : وقال بها سحنون انه يصح الشرط وتثبت للزوج الرجعة . وعلل ذلك سحنون بقوله : ان الاتفاق بين الزوجين تم على طلاق رجعي أي على أن تنقص الطلقات طلقة واحدة وهذا جائز فالعوض يكون في مقابل هذه الطلقة الرجعية .

والرواية الثانية : انه لا يجوز ذلك لأنه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه ، فان المقصود من الخلع هو البينونة بين الزوجين . وما دفعت الزوجة هذا العوض إلا لتتخلص من زوجها ، فثبوت الرجعة ينافي مقتضى العقد كما لو شرط في عقد النكاح أن لا يطأ[٤] .

---

(١) البهجة للتسولى ١/٣٤١

(٢) راجع تاريخ التشريع الاسلامي للدكتور مدكور بحث مطابقة الايجاب للقبول في انعقاد العقود ص ٣٩٥ .

(٣) تفسير القرطبي ٣/١٤٥

(٤) وهذا بعكس مالو قالت له طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة بالف فان الطلاق يقع والعوض يلزم وذلك لانها تملك نفسها بهذا وتبين به .

صيغة الخلع عند الشافعية :

اللفظ :

إن لفظ الخلع أو المفاداة صريح في الطلاق فلا يحتاج معه لنية ، وذلك لأن لفظ الخلع تكرر على لسان حملة الشرع وجرى به العرف على إرادة الفرقة بين الزوجين . والمفاداة لورودها في القرآن .

وفي قول ان الخلع والمفاداة كناية لا صريح .

أما لفظ الفسخ فعلى القول بأن الخلع طلاق وهو الصحيح فان لفظ الفسخ كناية .

ذكر العوض : إذا كان الخلع بعوض وقبلت الزوجة وقع الطلاق بائناً والتزمت الزوجة بالمعوض .

اما اذا كان الخلع بدون عوض فله حالتان :

١) إذا لم ينف الزوج الخلع والتمس قبول الزوجة كأن يقول لها خالعتك أو فاديتك ، ونوى التماس قبولها فقبلت بانت منه ووجب عليها مهر المثل لأن العرف يقضي بذلك وتأخذ هذه الحالة حكم الخلع على مجهول[١] .

٢) أما إذا نفى الخلع صراحة كأن يقول لها خالعتك بدون عوض فالطلاق يقع رجعياً ولا تلتزم الزوجة بشيء .

هذا ما ذكره المنهاج وشراحه[٢] .

---

(١) مغني المحتاج ٢٦٨/٣ .

(٢) تحفة المحتاج ٤٧٨/٧

٣ ـ مطابقة الايجاب للقبول . أما لو قالت : طلقني بألف فطلقها على خمسمائة وقع الطلاق ووجب له خمسمائة فقط ، لأن ما طلبته من العوض داخل ضمن ما التزمت به ، بعكس ما لو أوجب الزوج فلا تجوز الموافقة الضمنية . أما لو قالت : طلقني بألف فطلقها على ألفين فلا يصح الايجاب للقبول .

قال ابن حجر في تحفة المحتاج[١] : ولو ضمنت ألفين طلقت بألف لوجود المعلق عليه في ضمنها بخلاف : طلقتك على الف فقبلت بألفين لأن تلك صيغة معاوضة تقتضي التوافق .

* * *

٢)أما المعلق : إذا كان الخلع من جانب الزوج بصيغة التعليق فلا يعتبر من المعاوضات بل تعليق محض من جانبه .

قال في مغني المحتاج[٢] : لو بدأ الزوج بصيغة تعليق في الإثبات كمتى أو متى ما أعطيتني كهذا : فأنت طالق ، فتعليق محض من جانبه ، ولا نظر فيه إلى شبهة المعاوضة لأنه من ألفاظ التعليق ، فيقع الطلاق عند تحقق الصفة كسائر التعليقات ، وحينئذ فلا رجوع له قبل الاعطاء كالتعليق الخالي عن العوض في نحو : ان دخلت الدار فأنت طالق . ولا يشترط في القبول لفظاً ، لأن الصيغة لا تقتضيه ، ولا الإعطاء فوراً في مجلس التواجب .

وقال : أما لو بدأت الزوجة بطلب طلاق سواء أكان على جهة التعليق نحو : ان أو متى أو لم يكن على وجهة كطلقني على كذا فأجاب الزوج قولها فوراً ، فمعاوضة من جانبها . لأنها تملك البضع بما تبذله من العوض ، ففيها شوب جعالة ، لأنها تبذل المال في مقابلة ما يستقل به الزوج وهو الطلاق فإذا أتى به وقع الموقع وحصل غرضها كالعامل في الجعالة . فلها الرجوع قبل جوابه ، لأن هذا حكم المعاوضات والمبادلات جميعاً .

ويشترط فور لجوابه في محل التواجب في الصيغ السابقة المقتضية فوراً وغيرها كالتعليق

---

(١) تحفة المحتاج ٧/٤٩ .

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٦٩

بمتى تغليباً للمعاوضة من جانبها بخلاف جانب الزوج ، فان طلق متراخياً كان مبتـدئاً لا يستحق عوضاً . ويقع الطلاق حينئذٍ رجعياً .

* * *

الخلع بشرط الرجعة :

إذا شرط الزوج في صيغة الخلع أن يكون له عليها الرجعة كقوله : خالعتك بألف على أن لي عليك الرجعة فقبلت ، ففي المذهب الشافعي ثلاثة أقوال :

١) يقع الطلاق رجعياً ، ويرد المال ، كما جاء في فتاوى ابن الصلاح .

وعللوا ذلك ان شرطي المال والرجعة متنافيان فيتساقطان ويبقى الطلاق على أصله . وبما أن الأصل في الطلاق عند الشافعية أنه رجعي فيبقى على أصله ، أي لا عبرة بما شرط لأن الرجعة تثبت بالأصل لا بما شرط .

قال السيوطي في الاشباه والنظائر في القاعدة الخامسة والعشرون[1] :

« ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط ، فلو قال : طلقتك بألف على أن لي الرجعة ، سقط قوله : بألف ، ويقع رجعياً ، لأن المال يثبت بالشرط والرجعة بالشرع ، فكان أقوى » .

٢) وقال بعضهم بعدم الوقوع في حالة ما لو برأته من مهرها ، لأنه لا سبيل لوقوع الخلع إلا بصحة البراءة ، وصحتها تستلزم البينونة ، وهي تنافي قوله : انها رجعية .

٣) والقول الثالث ان الخلع بشرط الرجعة طلاق بائن بمهر المثل لأن شرط الرجعة إنما أفسد العوض والخلع لا يفسد فساد العوض فلا يسقط في هذه الحالة بل يقوم مهر المثل مقام بدل الخلع الفاسد .

صيغة الخلع عند الحنابلة :

اللفظ : ألفاظ الخلع عند الحنابلة ثلاثة منها صريحة ، وما عداها كناية ، فالالفاظ الصريحة في الخلع : الخلع والمفاداة والفسخ . وقالوا الخلع ورد به العرف . والمفاداة جاءت في القرآن ، والفسخ حقيقة فيه

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٣٤٩

ويختلف المذهبان في أن الراجح أو الصحيح عند الشافعية ان الخلع طلاق والصحيح عند الحنابلة انه فسخ .

* * *

التكييف الفقهي للخلع عند الحنابلة :

والخلع معاوضة من الجانبين ما لم يكن الايجاب بالخلع صادراً من الزوج بصورة تعليق فانه حينئذ يكون تعليقاً .

واحكام المعاوضة في الحالة الأولى تسري عليها أحكام الايجاب والقبول وتوافقهما والتراضي[1] .

١) فلكل من الزوجين الرجوع عن ايجابه قبل قبول الآخر .

٢) ويتقيد القبول بالمجلس .

٣) يشترط موافقة الايجاب للقبول هذا إذا كانت صيغة الخلع غير معلقة بأن كانت منجزة .

وأما التعليق فعلى الرأي الراجح بأن الخلع فسخ ففيه خلاف حول قابلية الفسخ للتعليق ارجحها انه لا يجوز[2] .

وعلى القول بصحة تعليق الخلع :

١) لا يجوز للزوج الرجوع قبل قبول الزوجة .

٢) ولا يتقيد القبول بالمجلس .

٣) ويشترط موافقة الايجاب للقبول .

---

(١) المقنع ٢١٠ .

(٢) جاء في الانصاف ٤١٢/٨ لا يصح تعليقه بقوله : ان بذلت لي كذا لقد خلعتك وقال في باب الشروط في البيع : ويصح تعليق الفسخ بشرط . وقال ابو الخطاب والشيخ تقي الدين : لا . قال ابن نصر في حواشيه : عدم الصحة اظهر لان الخلع عقد معاوضة يتوقف على رضا المتعاقد به فلا يصح تعليقه بشرط كالبيع .

جاء في المغني[١] : وتعليق الطلاق على شرط تعطيه أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل إلى دفعه . فان الغالب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو على التراخي .

وقال في الشرح الكبير [٢] : وكل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض فيه وقع الطلاق .

صيغة الخلع عند الزيدية :

ذهب الزيدية إلى أن الخلع يكون صريحاً في الطلاق ويكون كناية لا يقع إلا بالنية لأنه يحتمل أكثر من معنى .

ففي الروض النضير[٣] : انه لو قال لها خالعتك فكناية خلع وقيل صريح .

ومثل ذلك في المنتزع المختار[٤] — فقد ذكر ان لفظ الخلع كناية والطلاق على مال صريح ولكنه قال عن بعض فقهاء الزيدية ان لفظ الخلع والمبارأة صريح لا كناية .

وأمام هذا الاختلاف حول صيغة الخلع هل هي صريحة أم كناية فقد رجعت إلى أكثر من كتاب فوجدت نصاً في البحر الزخار يوضح ذلك قال[٥] :

« ولفظ الخلع كناية فيقبل قوله انه أراد غير الطلاق لاحتماله إذ الظاهر خلافه ، وإن أتى به عقيب ذكر العوض لم يقبل قوله اذ هو قرينة للطلاق » .

والذي فهمته من هذا النص ان الأصل في الخلع انه كناية ، فلا يقبل فيه الطلاق إلا بالنية لأنه يحتمل أكثر من معنى إلا أنه إذا اقترن الخلع بالعوض أصبح صريحاً ولا يقبل احتمالاً آخر ، فكأن المال قام مقام النية واعتبر قرينة عليها .

---

(١) المغني ٢٠٠/٨ .
(٢) الشرح الكبير ٢٠٧/٨ .
(٣) الروض النضير ١٦٧/٤ .
(٤) المنتزع المختار ٤٥٠/٢ .
(٥) البحر الزخار ١٧٩/٣ .

والفرق بين الخلع بعقد والخلع بشرط [1] :

١) انه لا بد في الخلع بعقد من القبول في مجلس العقد أو مجلس العلم به والا لم يصح بخلاف الشرط .

٢) انه يعتبر نشوز الزوجة في الخلع بالعقد حال القبول أما الخلع بالشرط فانه يعتبر حال حصول الشرط .

٣) ان الخلع بالعقد تلحقه الاجازة . فلو قام فضولي بالايجاب نيابة عن الزوج أو الزوجة فأجاز هذا فقبل الطرف الآخر وقع الطلاق .

٤) انه يصح الرجوع لملتزم العوض سواء أكانت هي أم غيرها في العقد قبل الطلاق من الزوج إذا تقدم منها أو من غيرها الطلب . بخلاف الشرط فلا يصح الرجوع فيه من ملتزم العوض وأما الزوج فلا يصح رجوعه فيها .

* * *

شرط الرجعة في الخلع عند الزيدية :

لا يجوز عند الزيدية شرط الرجعة في الخلع لأنه يتنافى مع المقصود من الخلع وهو البينونة ، ولهذا قالوا إذا شرط الزوج الرجعة في الخلع بطل الشرط . وفرقوا بين حالتين : إذا اتبع الصيغة بالشرط فلا خلاف ان الشرط لاغ ، وأما إذا اقترنت الصيغة بالشرط ففي الغاء الشرط اختلاف . الصحيح انه يلغو الشرط أيضاً ويصح الخلع .

قال في المنتزع المختار[2] :

إذا شرط في عقد الخلع أن يكون له الرجوع عليها ، صح الخلع ويلغو شرط صحة الرجعة أي يبطل . فلو قال : خالعتك على الف فقبلت ثم قال و لي عليك الرجعة أيضاً لغا الشرط بلا خلاف .

وأما إذا قالت خالعتك على ألف على أن تكون لي الرجعة عليك فالصحيح انه يلغو الشرط أيضاً ويصح الخلع . وقيل يكون تطليقة رجعية . والاصح الأول .

---

(١) التاج المذهب ١٧٨/٢ .

(٢) المنتزع المختار ٤٣٨/٢ .

صيغة الخلع لدى الجعفرية :

الفرقة على مال عند الجعفرية تكون بألفاظ عدة تختلف أحكامها في بعض المسائل بعضها عن بعض وهي : الخلع والمبارأة ، وما يشتق منها . والطلاق على مال .

فالخلع يكون حين تنفرد الزوجة بكراهتها للرجل .

والمبارأة حين تكون الكراهية من جانب الزوجين .

أما الطلاق على مال فلا يشترط فيه الكراهية .

وأما من حيث انعقاد الخلع بين الطرفين ففيه أقوال وأحكام عدة[١] :

١) قيل انه عقد معاوضة ينعقد بايجاب وقبول في نفس المجلس ومقتضى ذلك أن تسري عليه أحكام العقود في المعاوضات[٢] .

٢) وقيل يكفي سؤال الزوجة زوجها الطلاق فيجيبها الى ذلك .

٣) وقال بعضهم ان الخلع لا يجوز ولا ينعقد الا بعد أن تقول الزوجة لزوجها لا اغتسل لك من جنابة ولا أقيم لك حداً ولأوطئنّ فراشك من تكرهه ..

٤) وقال بعضهم لا يجوز أن يكون الموجِب في عقد الخلع الزوج بل لا بد ان تكون الزوجة هي التي تطلب منه ذلك من غير أن يضرّ بها .

وعلى هذا القول اذا خالعها دون كراهة منها لا يصح الخلع ، ولا يملك العوض . ويقع الطلاق رجعياً . وسيأتي بحث شرط الكراهية .

* * *

هل يقع الخلع بمجرد الايجاب والقبول ام لا بد من اتباعه بالطلاق :

اختلف الجعفرية في وجوب اتباع عقد الخلع بين الزوجين بلفظ الطلاق على قولين :

١ ــ قيل أنه يقع بلفظ المخالعة اذا ما تم قبولها .

---

(١) الاستبصار ٣١٩/٣ التهذيب ٢٧٦/٢ الكافي ١٢٣/٢ .

(٢) وعقد الخلع في رأي انه عقد غير لازم عند الجعفرية ما دامت في العدة لان للزوجة ان ترجع في البذل ما دامت في العدة .

٢ ــ وقيل لا يقع الا اذا أتبعه بطلاق ما دامت الزوجة في العدة[١] .

وجاء في المختصر النافع [٢] وفي وقوعه مجردا قولان :

قال علم الهدى : نعم وقال الشيخ لا حتى يتبع بالطلاق . ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى ، وفسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجرداً .

جاء في مختلف الشيعة[٣] والصحيح من مذهب أصحابنا ان الخلع بمجرده لا يقع ولا بد من التلفظ بالطلاق .

وفي أصحابنا من قال : لا يحتاج معه الى ذلك بل نفس الخلع كاف فيه .

وقال في السرائر[٤] : فأما ما ذهب اليه بعض أصحابنا الى أنه تقع الفرقة بمجرد الخلع دون أن يتبع بطلاق فغير معتمد لان الاصل الزوجية فمن ابانها بهذا يحتاج الى دليل ولا دليل له من كتاب ولا سنة أو إجماع .

وقال في اللمعة الدمشقية[٥] : وصيغة الخلع أن يقول الزوج خلعتك على كذا ثم يتبعه بالطلاق على القول الاقوى .

وقال صاحب الروضة البهية[٦] : وذلك لرواية موسى بن بكير عن الكاظم قال : المختلعة يتبعها بالطلاق ما دامت في عدتها .

---

(١) لم اجد تعليلا لما ذهب اليه الجعفرية في وجوب اتباع لفظ الطلاق بعد الخلع ، الا انه من الممكن أن نقول ان صيغة التعليق في الطلاق عندهم لاغية لا تصح ، فالتعليق باطل لا يقع به طلاق ولعل في صيغة الخلع مجرداً بعض التعليق . فهو تعليق الطلاق على دفع المال .

وهنا أشير الى ناحية هامة لم اجد أحداً تعرض اليها وهي هل تحسب هذه الطلقة في العدة طلقة ثانية املا ؟ .. قد يظن لاول وهلة انها طلقة ثانية ولكن الشيعة الجعفرية لا يوقعون الطلاق في العدة فهي طلقة الخلع ولذلك فهي طلقة واحدة . اذ لم يعتبروا صيغة الخلع طلقة الا في اتباعها بهذه الطلقة .

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٧ .

(٣) مختلف الشيعة ص ٤٤ .

(٤) السرائر ص ٣٥٠ .

(٥) اللمعة الدمشقية ص ١٦٣/٢ .

(٦) الروضة البهية ص ١٦٢/٢ .

« وقيل يقع بمجرده من غير اتباعه به ، ذهب اليه المرتضى وابن الجنيد وتبعهم العلامة في المختلف لصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع أنه قال للرضا في حديث قد روى انها لا تبين حتى تتبع بالطلاق قال : ليس ذلك خلعاً .

فقلت تبين منه قال ؟ : نعم . »

وسواء أكان الخلع متبوعاً بالطلاق أم لا . أي على كلا القولين لا بد من قبول المرأة عقيبه .

* * *

ملاحظاتنا على ما جاء في الروضة البهية :

ان ملخص ما جاء في هذا النص ان في الفقه الجعفري قولان بوجوب اتباع الخلع بالطلاق .

١ ــ لا بد من أن يتبع الخلع بالطلاق لرواية موسى بن بكير عن الكاظم .

٢ ــ يقع بمجرد صيغة الخلع ، ولا يحتاج الى طلاق لصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع .

ومن ذهب الى هذا الرأي العلامة في المختلف .

١) وقد رجعت الى كتاب مختلف الشيعة فلم أجد رأي الشيخ كما نقل صاحب الروضة بل جاء فيه : والخلاف الصحيح في مذهب أصحابنا ان الخلع بمجرده لا يقع ، ولا بد من التلفظ بالطلاق ، وفي أصحابنا من قال : لا يحتاج معه الى ذلك بل نفس الخلع كاف فيه[١] .

ثم رجعت الى كتب الأحاديث لدى الجعفرية فوجدت الحديثين اللذين اعتمد عليهما في نقل المذهب :

أ ــ الاول وجدته في التهذيب[٢] ، ونصه : المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها .

---

(١) مختلف الشيعة في مخطوطات الجامعة العربية ويوجد نسخة منه في دار التقريب ص ٤٤ .

(٢) التهذيب ٢/٢٧٢ وسنده : ما رواه علي بن الحسن بن علي عن علي بن الحكم وابراهيم بن ابي بكر بن ابي سماك عن موسى بن بكر عن أبي الحسن الاول عليه السلام قال : ...

ب ــ والثاني وجدته في الاستبصار[1] ، ونصه : عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع ، هل تبين منه بذلك ؟ او هي امرأته ما لم يتبعها الطلاق ؟ فقال : تبين منه ، فان شاء ان يرد اليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعل . قلت : أنه قد روي أنها لا تبين حتى يتبعها بالطلاق . قال : ليس ذلك خلع . فقلت تبين منه ؟ قال : نعم [2] .

والشيء الذي لفت نظري ما علق به الطوسي على هذا الحديث حيث قال[3] :

« فالوجه في هذا الخبر أيضاً ما قدمناه من حمله على التقية ، ويكون قوله ليس ذلك اذا خلع ــ يعني عندهم ــ ولا يكون المراد بذلك أن ذلك ليس بخلع عندنا .. »

ولكن أئمتهم المعاصرين قالوا : يجمع بين صيغة الخلع وصيغة الطلاق معاً . فقد جاء في المذاهب الخمسة[4] : « ان شاء جمع بينهما ، واكتفى بواحدة ، فتقول هي : بذلت كذا لتطلقني ، فيقول هو : خلعتك على ذلك فأنت طالق . وهذه الصيغة هي الاحوط والأولى عند جميع الإمامية » .

المبارأة :

وأما المبارأة : فلا بد فيها من اتباع الطلاق ، وصيغتها أن يقول الزوج : بارأتك على ألف . فتقول : قبلت . وهي تترتب على كراهية كل من الزوجين لصاحبه ، بخلاف الخلع حيث يشترط أن تكون الكراهية من الزوجة[5] . جاء في مختلف الشيعة[6] :

---

(١) الاستبصار ٣/٣١٨ .

(٢) الاستبصار ٣/٣١٨ .

(٣) المذاهب الخمسة ١٦٣ .

(٤) وجاء في مختلف الشيعة ص ٤٣ وروى الصدوق في الصحيح عن حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : عدة المختلعة عدة المطلقة وخلعها طلاقها . وهي تجزي من غير أن يسمى طلاقاً .

(٥) المختصر النافع ص ٢٢٨ .

(٦) مختلف الشيعة ص ٤٤

قال الشيخ في التهذيب والاستبصار : الذي أعمل عليه في المبارأة أنه لا يقع بها فرقة ما لم يتبعها بالطلاق ، وهو مذهب جميع أصحابنا المحصلين من تقدم منهم ومن تأخر .

وقد رجعت الى التهذيب[1] ، فوجدت حديثاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المبارأة تبين من غير ان يتبعها الطلاق .

كما رجعت الى الاستبصار[2] ، فوجدت أيضاً حديثاً عن أبي جعفر عليه السلام يقول : المبارأة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما ، لأن العصمة بينهما قد بانت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج .

وقد وجدت بعد هذا تعليقاً أثبته بنصه ، لعل اخواننا الشيعة يجدون فيه بعض ما وجدت ، فيعملون على ما أرجوه لهم ويرجوه كل مخلص لهذا التراث الفقهي الثمين :

قال محمد بن الحسن : هذه الاخبار اوردناها على ما رويت ، وليس العمل على ظاهرها ، لان المبارأة ليس يقع بها فرقة من غير طلاق ، وانما تؤثر في ضرب من الطلاق في أن يقع بائناً لا يملك معه الرجعة ، وهو مذهب جميع فقهاء اصحابنا المتقدمين منهم والمتأخرين لا نعلم خلافاً بينهم في ذلك . والوجه في هذه الأخبار ان نحملها على التقية لأنها موافقة لمذهب العامة ولسنا نعمل به[3] .

وعلى كل فهذا الذي جاء في كتب الأحاديث التي أشاروا اليها في كتب الفقه عندهم ، وتلك أقوالهم التي نقلوها الينا ، على ان الأمر مجمع عليه تقريباً ، ان المبارأة يجب أن يتبعها طلاق .

وتمشياً مع القواعد العامة لمذهبهم فالعبرة لما جاء في كتب الفقه لا ما جاء في كتب

(١) التهذيب ٧٨/٢ وسنده التهذيب : عن جعفرية محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن ابي عبد الله قال : — ...

(٢) الاستبصار ٣١٩/٣ وسنده الاستبصار : عن عمرو بن عثمان عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن عمران قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول : ...

(٣) الاستبصار ٣٢٠/٣ ومذهب العامة عندهم : مذاهب جماهير المسلمين ويعنون خاصة مذاهب أهل السنة والجماعة .

الاحاديث ، وخاصة اذا كانت كتب الفقه تأخذ عن كتب الأحاديث وتستنبط أحكامها . ولأننا لا نستطيع أن نقول : انهم لم يطلعوا على هذه الأحاديث حتى نرجح في مذهبهم ما جاء في الحديث ، على اعتبار أنه الاصل في استنباط الفروع . ولسنا في مجال الاجتهاد في مذهبهم حتى نصحح لهم ذلك . ولهذا فاني أعود الى ما جاء في كتب الفقه المتداولة عندهم .

قال في المختصر النافع[1] : ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر .

والفرق بين الخلع والمبارأة عندهم :

١) لا يجوز في المبارأة أن يأخذ الزوج منها أكثر مما أعطاها .

٢) يجب اتباع المبارأة لفظ الطلاق على قول الأكثر .

٣) لا يجوز المبارأة الا حين وجود الكراهية من جانب الزوجين ، أما الخلع فيشترط أن يكون من جانب واحد .

ويتفقان :

١) من حيث أن شروطهما شروط الطلاق « القصد والاختيار والطهر والشهود » — وقد مر معنا ذلك في باب الطلاق بالارادة المنفردة .

٢) في كل من الخلع والمبارأة يجوز للمرأة أن ترجع عن البذل ما دامت في العدة ، فيراجعها زوجها ان شاء . وسيأتي شرح ذلك .

ما نقله الاستاذ الشيخ علي الخفيف في هذا الموضوع :

يقول الاستاذ الخفيف[2] : فاذا خلت صيغة المبارأة من لفظ الطلاق لم يقع بها شيء اجماعاً .

ولعل استاذنا اكتفى بما جاء في كتاب الشرائع : وتقف الفرقة في المبارأة على التلفظ بالطلاق اتفاقاً منا وفي الخلع على الخلاف .

---

(١) المختصر النافع ص ٢٢٨ .

(٢) فرق الزواج ص ١٤٩ .

ان سبب الخلاف في النقل عن المذهب الجعفري يعود الى المذهب نفسه ، والى مبدأ التقية ، الذي يسير عليه الفقه الجعفري . وقد تتبعت هذا الموضوع فأسفت لما وصلت اليه من ان اخواننا الشيعة يذكرون الاحاديث ويسمونها الاخبار عن أئمتهم ، لانهم لا يروون عن غيرهم ، فاذا ما تعارض حديثان فسرعان ما يردون الحديث الذي رواه الجمهور جمهور أهل السنة ويسمونهم العامة . وفي هذا منتهى الغرابة ، فان الصحة يجب أن تكون مجردة ، لان الاحكام بأدلتها وحجيتها ومصادرها ، لا بمخالفتها لمذهب العامة .

واسوق على سبيل المثال بعض ما جاء في باب الخلع والمبارأة :

جاء في الاستبصار فيما اختلف من الاخبار في الجزء الثالث القسم الاول [1]، وفي التهذيب [2] ، وفي الكافي [3] ، عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمر عن أبي أيوب عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

المختلعة التي تقول لزوجها : اخلعني وأنا أعطيك ما أخذت منك . فقال : لا تحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول : والله لا أبر لك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولآذنن في بيتك بغير اذنك ولأوطئن فراشك غيرك فاذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها ، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها ، وكانت بائناً بذلك ، وكان خاطباً من الخطاب .

ثم جاء في التهذيب [4] والاستبصار [5] :

ما رواه علي بن الحسن عن علي بن الحكم وابراهيم بن أبي بكر بن أبي سماك عن موسى بن بكر عن أبي الحسن الاول عليه السلام قال :

المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها :

وهنا يقول الطوسي : فإن فعل : فما الوجه في الأحاديث التي ذكرتها وما تضمنت

---

(١) الاستبصار ص ٣١٥ .

(٢) التهذيب ٢٧٦/٢ .

(٣) الكافي ١٢٣/٢ .

(٤) التهذيب ٢٧٦/٢ .

(٥) الاستبصار ٣٩٧/٣ .

من ان الخلع تطليقة بائنة ، وأنه اذا عقد عليها بعد ذلك كانت عنده على تطليقتين وأنه لا يحتاج الى أن يتبع الطلاق وما جرى مجرى ذلك من الاحكام ، قيل له : الوجه في هذه الاخبار **ان نحملها على ضرب من التقية ، لأنها موافقة لمذهب العامة .**

وفي المبارأة : جاء في التهذيب [1] وفي الاستبصار [2] .

عن جعفر بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المبارية تبين من غير أن يتبعها الطلاق .

وفي عبارة : جاء وبما رواه محمد بن أيوب عن ابن بكر عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

ما سمعت فيما يشبه قول الناس فيه التقية ، وما سمعت مني لا يشبه قول فلا تقية فيه .

ويقول الطوسي : والقول بأن الخلع يقع في بينونة يشبه قول الناس ، فينبغي أن يكون محمولاً على التقية .

ومرة ثانية نقول لاخواننا الشيعة الجعفرية نقحوا كتبكم من هذه الأمور فلم يعد للتقية موضع بعد أن زالت أسبابها .

شرط الرجعة عند الجعفرية :

ان عقد الخلع عند الجعفرية وان لم يكن لازماً بالنسبة للزوجة ، الا أنه عقد لازم بالنسبة للزوج فلو شرط في الخلع على أن يكون له حق الرجعة بطل الشرط لأنه وإن كان يجوز له الرجوع ولكن هذا مقيد بما بعد رجوع الزوجة بما دفعته . ولهذا قال في الجواهر [3]

لو خالعها وشرط الرجوع لم يصح الشرط لكونه مخالفاً للسنة المستفيضة لكون الخلع طلاقاً بائناً .

---

(١) التهذيب ٢/٢٧٨ .

(٢) الاستبصار ٣/٣١٩ .

(٣) جواهر الكلام ٥/٣٦٣ .

وهناك قول بالجواز .

جاء في مختلف الشيعة في باب الخلع وقال ابن حمزه : يجوز أن يشترط الزوج الرجوع [1] .

* * *

شرط الاشهاد عند الشيعة الجعفرية :

لا يقع الطلاق عند الجعفرية الا بحضور شاهدين عدلين كما سبق وذكرنا ذلك . والخلع فرقة بين الزوجين وقالوا أنه طلاق ولهذا فقد أوجبوا فيه شرط الاشهاد كما أوجبوا في الطلاق وقالوا لا يقع الخلع الا أمام شاهدين عدلين .

جاء في المختصر النافع [2] : ويعتبر في العقد حضور شاهدين عدلين .

وجاء في جواهر الكلام [3] : لا يكون خلع ولا مبارأة الا على طهر من المرأة من غير جماع وشاهدين يعرفان الرجل ويريان المرأة ويحضران التخيير واقرار المرأة أنها على طهر من غير جماع يوم خلعها .

الصيغة والتكييف الفقهي عند الظاهرية :

الخلع عقد بين الزوجين عند الظاهرية فيجب أن تتوفر فيه سائر الشروط في عقود المعاوضات من حيث التراضي وموافقة الا يجاب للقبول .

على أن الظاهرية اشترطوا شرطين لا يصح الخلع بدونهما : اذا خافت ان لا توفيه حقه ، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها .

ولم يفرقوا في الالفاظ بين لفظ الخلع او لفظ المفاداة فكلها الفاظ تعبر عن معنى واحد هو أن تدفع الزوجة برضاها اذا كرهت زوجها مبلغاً من المال لقاء طلاقها .

جاء في المحلى [4] : الخلع وهو الافتداء اذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها ، فلها ان تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا

---

(١) مختلف الشيعة ص ٤٤ .
(٢) المختصر النافع ص ٢٢٧ .
(٣) جواهر الكلام ص ٣٥٥/٥ .
(٤) المحلى ٢٣٠/١٠ .

لم يجبر هو ولا أجبرت هي انما يجوز بتراضيهما ، ولا يحل الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين أو باجتماعهما ، فان وقع بغيرهما فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت ، ويبطل خلافه ، ويمنع من ظلمها فقط ولها أن تفتدي بجميع ما تملك .

* * *

شرط الرجعة عند الظاهرية :

ان الخلع عند الظاهرية طلاق رجعي ولهذا لا مجال للنص على هذا الشرط فهو مشروط حكماً بحكم الشرع . فاذا راجع الزوج زوجته بعد الخلع وهي في العدة فعليه أن يدفع لها عوض الخلع كاملا ، الا انهم قالوا أن للزوج أن يشترط على زوجته حين الخلع أن لا رد للعوض فيما لو راجعها ، فاذا قبلت بذلك فلا رد للعوض لو راجعها والشرط صحيح[١].

الصيغة والتكييف الفقهي عند الاباضية :

الفرقة بين الزوجين على مال تتم عند الاباضية بألفاظ متعددة كالخلع والفداء والمبارأة والصلح ، وقيل أنها كلها بمعنى واحد ، وقيل أنها تختلف باختلاف كل لفظ عن الآخر من حيث العوض[٢] .

والخلع هذا اتفاق بين الزوجين يتم بايجاب وقبول ، فلا يصح مع عدم التراضي بينهما ويشترط موافقة الايجاب للقبول .

قال في شرح النيل[٣] : وان ابرأته منه فقام ولم يقبل ، ثم قبل فالأكثر على جوازه . وقيل بالمنع بعد المجلس وعليه فلا يكون ذلك فداء . والصحيح الاول . وإن رجعت قبل

---

(١) المحلى ٢٤٠/١٠ .

(٢) جاء في شرح النيل ان الفداء : فرقة بين الزوجين بردها اليه صداقها وقبوله اياه والخلع فرقة بينهما بردها بعضه وقبوله . وقيل : الخلع والفداء والفدية والصلح والمبارأة سواء تقع بالبعض والكل وأكثر منه . وقيل : انهن بمعنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها ، الا ان اسم الخلع يختص ببذلها جميع ما اعطاها والصلح ببعضه ، والفدية والفداء بأكثر والمبارأة اسقاطها عنه حقاً لها عليه ٤٨٠/٣ .

(٣) شرح النيل ٤٨٣/٣ .

أن يقبل فلا قبول له بعد وقيل له . واذا قام ولم يقبل فقيل يجبر على أن يقبل أو يرد وقيل فاته القبول .

والفرقة بين الزوجين طلاق بائن اذا كانت على عوض . ولكن اذا اتفق الزوجان في العدة على المراجعة صح الاتفاق وعادت الزوجية ، ان لم تكن الطلقة الثالثة او كان قبل الدخول فلا تجوز المراجعة .

جاء في شرح النيل[1] :

وصحت مراجعة الفداء باشهاد في عدة على رد صداق لها وقبول ورضى منها عند الأكثر بأي لفظ مفهم للمراد بلا اجمال ، ولا الباس مثل أن يقول : هذه امرأتي من قبل قد افترقنا بالفداء اشهدوا اني رددت لها مالها على الرجعة . وتقول اشهدوا اني قبلته عليها ويقول اشهدوا اني رجعت اليها أو راجعتها .

ويعلل الاباضية اشتراط رضا الزوجة بالمراجعة مع ان للزوج الحق المطلق في مراجعة زوجته اذا ما طلقها طلاقاً رجعياً دون أن يأخذ رأي الزوجة في الموضوع بقولهم :

« وانما اشترط في مراجعة الفداء رضا المرأة دون مراجعة الطلاق لأن الفعل في الطلاق من الرجل وحده فكان كذلك في المراجعة عليها بخلافها في الفداء لأنه انما وقع بهما معاً فكانا مشتركين فيها أيضاً .

* * *

(١) شرح النيل ٣/٥١٠ - ٥١١ .

المطلب الثالث ـ رأينا في صيغة الخلع (١)

من حيث اللفظ :

الذي يبدو لي ان المذاهب التي عينت للخلع الفاظا فقالت لا يكون الخلع الا بها ، قد جانبت الصواب ، فمصادر الخلع كما جاءت في القرآن الكريم والسنة النبوية ليس فيها ما يدل على لفظ معين . بل ان القرآن الكريم لم يأت بلفظ الخلع بل ذكر المفاداة . والاحاديث التي جاءت عن امرأة ثابت بن قيس دلت على ألفاظ مختلفة فرواية تقول : خل سبيلها . ورواية تقول طلقها ، وأخرى : ففارقها . وهكذا فتقييد الخلع بلفظ أو لفظين لا معنى له . هذا من جهة المنقول . ومن جهة المعقول فان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني .

من حيث العوض :

ثم الذين أجازوا الخلع بدون عوض فهذا أيضاً يخالف حكمة التشريع من الخلع لان الخلع كما فهمنا من مصادره أنه عقد بين رجل وامرأة على انهاء الحياة الزوجية لقاء بدل تدفعه الزوجة لزوجها .

فاذا خلا الخلع عن عوض كان طلاقاً فخرج عن اسم الخلع ولا يجوز أن نقول : خلع بعوض وخلع بدون عوض ، لأن الخلع فيه مشاركة بين رجل وامرأة على أمر ليس هو الطلاق فحسب ، لان هذا يملكه الرجل بدون رضا الزوجة . فالقرآن الكريم سماه افتداء والافتداء لا يكون بدون عوض . والرسول الكريم أمر امرأة ثابت أن ترد لزوجها حديقته فمن أين أتوا بجواز الخلع بدو ن عوض .

---

(١) أطلت قليلا في بحث صيغة الخلع لأني وجدت النقول مضطربة كثيراً في هذا الموضوع الهام ، حتى ان المؤلفات القديمة غير محررة اذ يختلف بعضها عن بعض في الصيغة التي ينعقد بها الخلع ، وفي تحريرنا هذه النقول وخاصة في التكييف الفقهي للخلع ما يسهل علينا استنباط كثير من الاحكام الفقهية التي ترتكز على الصفة الشرعية للخلع .

اما ما ذهب اليه الأحناف من التفرقة بين الطلاق على مال والخلع . بما خالفوا به الجمهور فلا نجد لهذه التفرقة مبرراً فكل فرقة على عوض بأي اسم كانت هي خلع . ولهذافقد وجدنا بعض المؤلفات في المذهب الحنفي لم تحدد هذه التفرقة كما أن الامام محمد بن الحسن قال : لا تفرقة بينهما

والى هذا ذهبت محكمة النقض السورية في قرارها رقم ٢٣٦ تاريخ ١٩٦٠/٩/٢١ حيث قالت فيه : إذا كان الطلاق مقابل مال ، كان ذلك مخالعة .

التكييف الفقهي :

وما ذكره الاحناف من ان الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة مبني على أساس صحة تعليق الطلاق . ونحن نرى عدم ضرورة هذا التعليق لما ذهبنااليه في بحث التعليق في الطلاق .

ولهذا فاني أرى أنه لا موجب للتفرقة بين لفظ او غيره من الألفاظ كالمفاداة او المبارأة فكلها الفاظ تعبر عن معنى واحد .

وكذلك فان البدل ضروري في الخلع اذا كان الخلع هو اتفاق بين رجل وامراة على انهاء حياتهما الزوجيةلقاء عوض تدفعه له، فاذا خالع الرجل زوجته بدون عوض لم يكن هذا خلعا بل كان طلاقاً له حكم الطلاق لأنه لفظ كناية يقع به الطلاق وهو طلاق رجعي خلافاً لما ذهب اليه الاحناف

واخيرا فاني أرى في تكييف العلاقة بين الزوج والزوجة في عقد الخلع عقد معاوضة محضة بين الطرفين كما ذهب الى ذلك المالكية وفريق من الشافعية والحنابله . وهذا يتفق مع ما سوف نرجحه من ان الخلع فسخ لا طلاق اذ لا دخل للتعليق فيه .

الفرع الثاني

الزوج

شروط المخالع :

من جاز طلاقه جاز خلعه لان من جاز طلاقه بدون عوض فطلاقه بعوض يجوز بالاولى ولا مجال للاطالة في هذا البحث فقد سبق أن ذكرنا شروط المطلق[1] .

غير اننا نستعرض بايجاز خلع الصبي والمجنون والمحجور عليه والمريض مرض الموت .

المطلب الاول ـ خلع الصبي والمجنون والمحجور عليه

لم يفرق جمهور الفقهاء بين الطلاق والخلع من حيث اهلية الزوج وها نحن ننقل نصوص المذاهب في ذلك .

المالكية :

قال الخرشي [2] ـ ولو كان الزوج سفيها فالخلع جائز وطلاقه نافذ لأنه اذا كان له أن يطلق بغير عوض فبه أولى .. ولا يجوز طلاق وليه عنه ولا أن يخالع عنه .

---

(١) قال في الانصاف ٣٨٦/٨ ويجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه .
وقال الجعفرية يشترط البلوغ والعقل في الزوج للخلع . وفي الجواهر ٣٥٥/٥ يعتبر في الخلع شروط اربعة : البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد .
وقال الشافعية في مغني المحتاج : وركن الخلع : زوج ينفذ طلاقه بأن يكون عاقلا مختاراً .

(٢) لا بد من القول ان المالكية اجازوا طلاق الولي نيابة عن الصغير خلافاً لجمهور الفقهاء . شرح الخرشي ١٥٥/٣ .

وقال الدسوقي[1] : فان خالع بخلع المثل فالأمر ظاهر وان خالع بدونه كان خلع المثل . ولا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه .

ولا يصح خلع الصبي والمجنون عند المالكية .

وقد نص الدردير على أن موجب الخلع زوج مكلف لا صبي ومجنون[2] .

الحنابلة :

جاء في الانصاف[3] :

فان كان محجوراً عليه : دفع المال الى وليه ، هذا المذهب .

وقال : وفي صحة خلع المميز وجهان : احدهما يصح وهو المذهب . والثاني لا يصح والخلاف هنا مبني على الخلاف في طلاقه .

الأحناف :

قال في المبسوط [4] :

« وخلع الصبي وطلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره » .

الشافعية :

قال في مغني المحتاج[5] : « لا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهم

---

(١) حاشية الدسوقي ٤١٣/٢ .

(٢) الدردير ٤١٢/٢ .

(٣) الإنصاف ٣٨٦/٨ .

(٤) المبسوط ١٧٨/٦ وقال السرخسي : وكذلك فعل ابيه عليه في الطلاق باطل ، لأن الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ولتحقيق الحاجة اليه وذلك لا يتحقق في الطلاق . هذا بعكس اذا كانت الزوجة صبية وإذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير ، فالطلاق واقع عليها لأن الزوج من أهل الايقاع – وايجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها وقد تحقق القبول منها فيقع كما لو قال ان تكلمت فأنت طالق فتكلمت . ولكن لا يلزمها المال لان التزام المال من الصبية لا يصح خصوصاً فيما لا منفعة لها فيه .

(٥) مغني المحتاج .

أما المحجور عليه بسفه فخلعه صحيح باذن ودونه ، بمهر المثل أو أقل ، اذ له أن يطلق مجاناً فبعوض أولى .

ويسلم العوض الى وليه فان سلمت العوض الى السفيه بغير اذن الولي وهو دين لم تبرأ ويسترده منه .

الزيدية :

قال في التاج المذهب [1] : « ولا يصح في الصبي والمجنون ولو اذن لهما وليهما » .

وقال في المنتزع المختار[2] : « ويصح الخلع من المحجور عليه » .

الجعفرية :

قال في جواهر الكلام في بحث شرائط الخالع :

« ولا يقع من الصغير والمجنون الذين قد عرفت الاجماع على سلب عبارتيهما[3] » .

الاباضية :

قال في شرح النيل[4] : «ولا يلزم طفلا ومجنونا فداء ولا يصح منهما قبول ولا طلاق ولو بولي » .

---

(١) التاج المذهب ١٧٤/٢ .

(٢) المنتزع المختار ٤٣٣/٢ .

(٣) جاء في جواهر الكلام ص ٣٥٥/٥ – : ولو خالع ولي الطفل بعوض صح إن لم يكن طلاقاً مع المصلحة او مع عدم المفسدة ، وبطل على القول بكونه طلاقاً لعدم صحته من ولي الطفل .

(٤) شرح النيل ٤٩٦/٣ .

المطلب الثاني ـ خلع المريض مرض الموت

قال جمهور الفقهاء ان خلع المريض مرض الموت صحيح ونافذ قياساً على طلاقه . وقال بعضهم يحرم ديانة لا قضاء . وهذه آراء المذاهب .

قال الشافعية : يجوز الخلع في مرض الموت . لان الرجل يملك الطلاق بدون عوض فخلعه طلاق بعوض ، فيجوز بالاولى . ولا ضرر فيه على المرأة ما دام يملك طلاقها .

جاء في مختصر المزني[1] : « ويجوز الخلع في المرض كما يجوز في البيع . فان كان الزوج هو المريض : فخالعها بأقل من مهرها ثم مات فجائز لان له أن يطلقها من غير شيء .

وقال في تحفة المحتاج [2] : « ويصح خلع المريض بأقل شيء لأنه يصح طلاقه مجاناً فأولى بشيء ولو قليلاً . »

وقال المالكية : لا يجوز خلع المريض لان في ذلك اخراج وارث في مرض موته . فان فعل ذلك نفذ ووقع الطلاق لان الحرمة ديانية لا قضائية .

قال الخرشي : « لا يجوز للمريض مرض الموت ومن في حكمه أن يخالع زوجته لان فيه اخراج وارث . فان فعل فانه ينفذ ويقع عليه الطلاق[3] . »

---

(١) مختصر المزني ٤/٦٧ .

(٢) تحفة المحتاج ٧/٤٦٦ .

(٣) شرح الخرشي ٣/١٥٥ وقال : واذا طلق في مرضه المخوف ثم ماتت فيه فإن الرجل لا يرثها ولو طلقها مريضة . لانه هو الذي أسقط ما كان بيده . ولو مات فإن المرأة ترثه لانه فاز بطلاقها حينئذ من الإرث سواء كانت مدخولا بها أم لا . انقضت عدتها وتزوجت ، أم لا .

وقال الحنابلة : يجوز خلع المريض مرض الموت اذا لم يكن هناك محاباة . فاذا ظهرت محاباة الزوج في الخلع كما لو اوصى لها بمبلغ من المال ، ينظر فيه فان كان أقل من ميراثها منه صح ولزم وان كان أكثر يصح وتلغو الزيادة .

قال الخرقي [1] : « ولو خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها . »

وقال ابن قدامه في المغنى : [2] أما خلعه لزوجته فلا اشكال في صحته سواء أكان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل . ولا يعتبر من الثلث لانه لو طلق بغير عوض لصح ، فلان يصح بعوض أولى . ولان الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء فانه لومات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل الى ورثته فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح لانه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فانه لو لم يبنها لاخذته بميراثها ، وان أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها من ذلك لانه اتهم في أنه قصد ايصال ذلك اليها ، لأنه لم يكن له سبيل الى ايصاله اليها وهي في حباله فطلقها ليوصل ذلك اليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث .

ولم يقيد الجعفرية خلع المريض بقيد بل قالوا يجوز خلع المريض مرض الموت جاء في المذاهب الخمسة [3] :

أما الخلع من المريض مرض الموت فيصح بلا ريب ، لأنه لو طلق بغير عوض لصح فالطلاق بعوض أولى .

أما الزيدية فقد قيدوا عوض الخلع بالثلث دفعاً لتهمة المحاباة .

قال في المنتزع المختار[4] : ويصح الخلع اذا كان مريضاً . وانما ينفذ اخراج عوض الخلع في حال المرض المخوف من الثلث اذا وقع الموت فيه .

---

(١) المغني ٢٢٣/٨ . وجاء في الإنصاف ٤١٩/٨ وإن طلقها في مرض موته . وأوصى لها باكثر من ميراثها وإن خالعها في مرضه او حاباها : فهو من رأس المال .

(٢) المغني ٢٢٣/٨ .

(٣) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ١٦٢ .

(٤) المنتزع المختار ٤٣٣/٢ .

واجاز الاحناف أيضاً خلع المريض مرض الموت .

جاء في البحر الرائق[1] : ولو اختلعت صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر .

اما الظاهرية : فيجيزون الخلع بمرض الموت لأنهم لا يفرقون بين تصرفات مريض مرض الموت أو غيره . وقد انتقد ابن حزم بحجج قوية من قال بمرض الموت[2] .

وقال الاباضية [3] : وان مرض فافتدت منه فمات في مرضه لم ترثه وجاز عليه الفداء . ان برىء . لان افتداءها اسقاط لميراثها باختيارها ولو كانت في العدة .

* * *

(١) البحر الرائق ٤/٨٠ .

(٢) يراجع احكام طلاق المريض مرض الموت في هذا الكتاب .

(٣) شرح النيل ٣/٥٠١ .

الفرع الثالث

الزوجة

الزوجة :

يشترط في الزوجة المخالعة أن تكون زوجة للمخالع في عقد صحيح[1] . والاصل ان المخالعة لا تكون الا بين زوجين . ولكن هناك بعض حالات تكون فيها الزوجة غير كاملة الاهلية لصغر أو سفه فيتولى عنها وليها المالي وقد تكون مريضة مرض الموت فتخالع زوجها . كما يجوز أن يتولى المخالعة اجنبي عن الزوجة . وسنبحث هنا خلع المريضة مرض الموت ، ثم من يتولى المخالعة عن الزوجة في حال خلع الاجنبي ، وفي حال خلع الولي .

المطلب الاول : خلع المريضة مرض الموت

اذا اختلعت الزوجة في مرض موتها وماتت وهي في العدة فهل يصح الخلع ويستحق الزوج بدل الخلع الذي دفعته له ليطلقها وليبقى ملكاً له ام يسترده ورثة المختلعة دفعاً لتهمة التواطؤ بين الزوجين لحرمان بعض الورثة .

لا خلاف بين الفقهاء في صحة خلع المريض مرض الموت بمقدار الميراث الذي ترثه الزوجة من زوجها ، ولما كان لهذا صلة أيضاً ببدل الخلع الذي هو ركن من أركانه فاني أنقل آراء الفقهاء بايجاز .

(١) جاء في المادة ٢٩٧ من مجموعة الاحكام الشرعية قدري باشا : اذا خالع الزوج امرأته واخذ منها بدلا بغير حق بأن كان النكاح فاسداً من اصله لا يقبل الخلع فلها ان تسترد ما اخذه .

قال الزيدية : اذا خالع الزوج زوجته المريضة مرض الموت على عوض معين ثم ماتت وهي في العدة فانه يأخذ الأقل من شيئين : عوض الخلع والميراث فيما لو كان يرثها . فاذا كان عوض الخلع أقل من الميراث استحقه كله وان كان أكثر فلا يستحق ما زاد على الميراث وان كان الميراث الذي يرثها به أقل من الخلع أخذ ما يعادل ميراثه من بدل الخلع ورد الباقي للورثة .

جاء في التاج المذهب[1] : « اذا طلق المريضة على عوض منها ، أو من مريض غيرها ولو كانت صحيحة ، سواء أكان العوض قدر الثلث أم أكثر منه ولم يجز الورثة ، فلا ينفذ ذلك العوض في حال المرض المخوف اذا وقع الموت منه الامن الثلث فقط . ويعتبر الثلث ووجود الوارث وعدمه في العقد حال العقد .

وقال الاحناف : - يأخذ الزوج الاقل من ثلاثة أشياء : بدل الخلع . ثلث التركة بعد وفاء الديون . ميراثه منها .

فاذا زاد بدل الخلع على ثلث التركة ننظر ، فان كان بدل الخلع هذا أقل من ميراثه منها أخذه كاملا أما لو زاد بدل الخلع على ميراثه منها كان بحكم الوصية لا تنفذ الا باجازة الورثة . فلو كان بدل الخلع أقل من ميراثه منها استحق بدل الخلع لأنه الاقل والفرق بين بدل الخلع وميراثه يعتبر بحكم الوصية . والوصيه لوارث لا تجوز [2] لدى أكثر الفقهاء .

جاء في البحر الرائق[3] :

« واذا اختلعت مريضة من زوجها بمهرها ثم ماتت : ينظر الى ثلاثة اشياء الى ميراثه منها والى بدل الخلع والى ثلث مالها . فيجب أقلها والزيادة هذا لو ماتت في ذات المرض

---

(١) التاج المذهب ٢/١٩١ .

(٢) غير انه يلاحظ انه في القوانين التي تجيز الوصية لوارث يستحق الزوج الزيادة في هذه الحال على ان لا تزيد عن الثلث . ومن هذه القوانين قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ والقانون السوداني .

(٣) البحر الرائق ٤/٨٠ .

ولو برئت منه سلم للزوج كل البدل كهبتها فيه .

وخالف بذلك زفر وقال يخرج من جميع المال[1] »

وفي المالكية . خلاف في المذهب بين مالك وابن القاسم . والمذهب ان للزوج الاقل من الميراث أو بدل الخلع اذا ماتت وهي في مرض الموت سواء كانت في العدة أم لا...

قال مالك : من اختلعت في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها .

وقال ابن القاسم : وأنا أرى انها اذا اختلعت منه بأكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد وان اختلعت منه بقدر ميراثه فأقل ، فذلك جائز ولا يتوارثان[2] .

وحمل بعضهم قول مالك على أنه لا يجوز اذا كان بجميع المال . اما اذا كان بأقل من ميراثه فيجوز[3] .

وقال ابن رشد[4] : وروى ابن نافع عن مالك : أنه يجوز خلعها بالثلث كله[5] .

وقال الاباضية[6] : فان ماتت في مرضها أخذ الاقل من صداق وإرث . لئلا يأخذ أكثر مما اعطى . ولأن المفاداة في المرض شبيه بالوصية . غير أن رجوع الصداق فيه عوض من خروجها من ملكه لا مجرد عطية . وغير أنه ليس وارثاً ومع ذلك حكم عليه بحكم الوارث لأنه لولا الفداء لكان وارثاً وان تساويا أخذ احدهما .

---

(١) المبسوط ١٩٤/٦ وقال زفر : من جميع المال . واعتبر الخلع بالنكاح فان المريض لو تزوج امرأة بمهر مثلها اعتبر من جميع ماله لان ذلك من حوائجه وكذلك المريضة اذا اختلعت لان ذلك من حوائجها لتتخلص من أذى الزوج .

(٢) شرح الخرشي ١٥٨/٣ .

(٣) حاشية الدسوقي ٤١٥/٢ .

(٤) بداية المجتهد ٤١/٢ .

(٥) التاج المذهب ٢٩١/٢ وجاء فيه : اما اذا كان الخلع على شرط فيعتبر الثلث عند حصول الشرط .

(٦) شرح النيل ٥٠١/٣ .

وذهب الشافعية والجعفرية الى أن خلع المريضة مرض الموت صحيح الا أنه في حدود مهر المثل أو ثلث التركة . الأقل من هذين الشيئين . فاذا خالعته على الف وكان مهر مثلها ذلك استحقه بعد موتها اذا كان ثلث تركتها أكثر من الف وان كان أقل من ألف استحق ثلث التركة .

قال ابن حجر في تحفة المحتاج[١] :

« ويصح اختلاع المريضة مرض الموت لان لها صرف مالها في شهواتها بخلاف السفيهة ولا يحسب من الثلث الا الزائد من مهر المثل لان الزائد عليه هو التبرع[٢] . »

وقال الجعفرية [٣] :

« فان خالعته بمهر مثلها جاز ونفذ من الاصل ، أما اذا زاد عن مهر المثل فتخرج الزيادة من ثلث المال .

وروى في جواهر الكلام رواية أخرى[٤] : ولو خالعت في مرض الموت صح وان بذلت أكثر من الثلث ...

ثم قال : وفيه قول آخر مشهور بين الاصحاب والمعمول به بينهم وهو ان الزائد من مهر المثل من الثلث .

وقال الحنابلة بما قال به المالكية على المعتمد عندهم : ان الزوج يأخذ الاقل من بدل الخلع او من ميراثه منها .

قال في المغنى[٥] : « اذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ، ولا رجوع . وان خالعته بزيادة بطلت الزيادة ..

---

(١) تحفة المحتاج ٤٦٦/٧ مغنى المحتاج ٢٦٥/٣ .

(٢) قال في مغنى المحتاج ٢٦٥/٣ ، لأن التبرع انما هو بالزائد فهو كالوصية للاجنبي ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الارث الا ان يكون وارثاً بجهة اخرى غير الزوجية كابن عم مثلا .

(٣) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦١ .

(٤) جواهر الكلام ٣٥٥/٥

(٥) المغني ٢١٥/٨ وقال ابن قدامة : وهذا قول الثوري واسحاق .

وجاء في الانصاف [1] : وان خالعته في مرض موتها — : فله الاقل من المسمى أو ميراثه منها وهذا المذهب .

أما الظاهرية : فلا يفرقون بين الصحيح والمريض فتصرفات المريض مرض الموت زوجاً أو زوجة صحيحة عندهم وعلى هذا فلو خالعته على مبلغ ما ثم ماتت فله العوض كاملاً سواء كان أقل من الميراث أو الثلث أم أكثر .

* * *

(١) الانصاف ٨/٤١٩

المطلب الثاني ـ خلع غير الزوجة

هل يصح الخلع من غير الزوجة ؟ ..

اختلف الفقهاء في خلع غير الزوجة سواء أكان هذا الغير اجنبياً عنها أم كان ولياً لها .

قال الظاهرية والجعفرية والحنابلة[1] وبعض الزيدية : لا يجوز الخلع من غير الزوجة .

وأجاز ذلك الاحناف والشافعية والمالكية وجمهور الزيدية :

اولاً : من قال انه لا يجوز خلع غير الزوجة .

قال أبو ثور : ان خلع الاجنبي غير صحيح لان بذل العوض في مقابلة ما يحصل لغيره من نفع سفه فلا يصح .

جاء في المحلى [2] : خلع الاب والوصي باطل . ولا يجوز أن يخالع عن المجنونة ولا عن الصغيرة اب ولا غيره لقوله تعالى :ــ «ولا تكسب كل نفس الا عليها» . وقوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » .

فمخالعة الاب ، أو الوصي او السلطان عن صغيرة أو كبيرة كسب على غيره وهذا لا يجوز . واستحلال الزوج ما لها بغير رضاها منها أكل مال الباطل وهو حرام .

وعند الحنابلة روايتان [2] : ــ جاء في الانصاف : وقيل : لا يصح من الاجنبي اذا قلنا أنه فسخ .

وقيل : لا يصح مطلقاً . ذكره في الرعايتين .

---

(١) على الصحيح من المذهب ان الخلع فسخ وليس بطلاق .

(٢) الانصاف ٣٨٩/٨ .

وقال : وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها – هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب[1] .

وجاء في المغنى[2] : وليس لولي هؤلاء (المحجور عليهن) المخالعة بشيء من مالهن لأنه انما يملك التصرف بمالها فيه الحظ وهذا لاحظ فيه بل فيه اسقاط[3] .

أما عند الجعفرية فلا يجوز الخلع من غير الزوجة الا باذنها فاذا لم تأذن لا يصح خلع الاجنبي ولياً كان أو غيره .

جاء في الروضة البهية [4] : وفي صحته من المتبرع بالبذل من ماله قولان : اقربهما المنع لان الخلع من عقود المعاوضات فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض كالبيع ، ولأنه تعالى أضاف الفدية اليها في قوله : فلا جناح عليهما فيما افتدت به .

وقالوا [5] : « لا يصح خلع الاجنبي . ولا يجب عليه أن يدفع شيئاً . ويصح أن يضمن الاجنبي الفدية باذنها فيقول للزوج طلقها بكذا وعلى ضمان المبلغ بعد أن تأذن هي بذلك . فان طلق على هذا الشرط وجب على الضامن أن يدفع المبلغ للمطلق ويرجع به على المطلقة .

وقال الزيدية في المنتزع المختار[6] : وحكي في الكافي عن القاسم والهادي والناصر أن عوض الخلع لا يصح من غير الزوجة بل يقع الطلاق رجعياً ويرد العوض على الذي أخذ منه .

* * *

---

(١) المرجع السابق ٣٨٨/٨ .

(٢) المغني ١٩٥/٨ .

(٣) قد يفهم من قوله من مالهن انه يجوز الخلع اذا كان من مال الاب او الولي وقد ذكرنا ان المذهب عندهم على ان الخلع فسخ ولا يجوز الخلع الا من الزوجين اما على الرواية التي تقول ان الخلع طلاق ففيها كلام .

(٤) الروضة البهية ١٦٤/٢ .

(٥) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٥٧ .

(٦) المنتزع المختار ٤٣٧/٢ .

ثانياً ــ من قال انه يجوز الخلع من الاجنبي :

قالوا يجوز الخلع من الاجنبي سواء أكان ولياً أم لم يكن وسواء أكانت الزوجة صغيرة أو مجنونة أو كانت كبيرة بالغة راشدة .

ولما كانت أحكام المخالعة من الاجنبي متداخلة ، حتى أن الشافعي لا يفرق بين خلع الأجنبي وخلع ولي الزوجة[1] في جميع الفروع وبعض المذاهب فرقت في بعض المسائل ، فقد قسمت البحث الى خلع غير الزوجة على الكبيرة سواء أكان اجنبياً عنها أم ولياً لها ، وخلع الولي على من له الولاية عليها .

خلع الاجنبي [2] :

اذا خالع اجنبي عن الزوجة ولم يكن وكيلاً عنها ولا ذا ولاية صح الخلع في هذه المذاهب .

وها اني أورد نصاً للشافعية فيه بعض التعليل لمذهبهم : —

قال في مغني المحتاج[3] : « ويصح اختلاع اجنبي مطلق التصرف بلفظ خلع أو طلاق وان كرهت الزوجة ، ذلك لان الطلاق مما يستقل به الزوج ، والأجنبي مستقل بالالتزام ، وله بذل المال ، والتزامه فداء . لان الله تعالى سمى فداء فجاز كفداء الأسير ، وقد يكون للاجنبي فيه غرض ديني بأن يراهما لا يقيمان حدود الله ، أو يجتمعان على محرم ، والتفريق بينهما ينقذهما من ذلك فيفعل طلباً للثواب .

واختلاع الاجنبي كاختلاع الزوجة في جميع الاحكام .

وأما **عند الاحناف** فقد جاء في البحر الرائق نقلاً عن البزازيه[4] :

اذا خلعها أبوها أو اجنبي باذنها جاز ، والمال عليها ، وان كان بلا اذنها لم تجز ،

---

(١) اقصد بذلك من ليس له ولاية على الزوجة سواء أكان وليها ام لم يكن كذلك .

(٢) جاء في مغني المحتاج ٢٧٧/٣ وابوها كاجنبي فيما ذكر فيختلع لها بماله اي يجوز له ذلك صغيرة كانت او كبييرة .

(٣) المصدر السابق ٢٧٦/٢ .

(٤) البحرالرائق ٩٧/٤ .

وترجع بالصداق على الزوج . والزوج على الأب ان ضمن الأب وان لم يضمن فالخلع يتوقف على قبولها ، ان قبلت . ثم الخلع في حق المال وهذا دليل على أن الطلاق واقع . وقيل انه لا يقع الطلاق ههنا الا باجازتها .

وقال الزيدية في التاج المذهب [١] : واذا قال الغير طلقها على ألف مني أو على مهرها صح ولزمه ذلك .

عوض الخلع [٢] :

اذا خالع الاجنبي فاما أن يضيف بدل الخلع الى نفسه أو لا يفعل ذلك .

١) فان أضاف بدل الخلع الى نفسه : صح الخلع ووقع الطلاق والتزم بالمال ولا يحق له الرجوع على الزوجة لأنه متبرع .

٢) أما اذا لم يصدر منه ذلك :

آ — فان لم يضف البدل الى أحد :

قال المالكية والشافعية ان هذا في حكم ما لو ضمن المال . فيصح الخلع ويلزم المال . وقال الاحناف لا يكون ضامناً بل يتوقف الخلع على قبول الزوجة . فاذا قبلت صح الخلع ولزمها المال .

أما وقوع الطلاق ففيه قولان : قيل يقع وقيل لا يقع .

ب — وأما إذا أضاف البدل الى غيره : فتتوقف صحة الخلع على أجازة من أضاف البدل اليه فان أجازه صح الخلع ونفذ وان لم يجزه لم يصح .

وقال الحنابلة الذين قالوا ان الخلع طلاق : اذا أضاف البدل الى مال الزوجة فلا يصح الخلع .

وقال الاباضية [٣] : ومن قال لرجل ابرأتك من صداق امرأتك فلانه سواء قال على الفداء أم لا ، لكن الزوج قبل على الفداء فقبل ذلك منه بدلاً طلقت فان أجازت لزمها وكان الصداق له بالفداء ولا يقع عليه الاطلاق واحد . ولزمه الطلاق وان لم تجز .

---

(١) التاج المذهب ٢/١٨٠ .
(٢) فرق الزواج ١٥٧ .
(٣) شرح النيل ٣/٤٨٣ .

خلع الولي نيابة عمن تحت ولايته

يشترط في الزوجة المخالعة ان تكون اهلاً للتصرف المالي [1] : اما اذا لم تكن كذلك فينوب عنها وليها المالي في المخالعة .

خلع المجنونة [2] : والصغيرة : والسفيهة [3] :

يرى الشافعية [4] والزيدية[5] والحنابلة[6] — ان خلع المجنونة والصغيرة باطل مطلقاً، لأن بذل العوض تبرع . ولا تصح تصرفات المجنونة ولا الصغيرة حتى يصح تبرعها .

اما خلع السفيهة عند الشافعية [7] والحنابلة [8] على القول بأنه طلاق : فهو صحيح ، ولكن لا تلتزم بالمال ، سواء اذن لها وليها أم لم يأذن .[9] ويقع الطلاق رجعياً . لان الخلع بدون عوض يعتبر عند الشافعية طلاقاً رجعياً ، فإقدام الزوج على مخالعة زوجته السفيهة

---

(١) سن الرشد كما جاء في قانون الولاية على المال المصري في المادة ١٨ هو ٢١ سنة ميلادية وفي القانون السوري ١٨ سنة .

(٢) عرف القانون فاقد التمييز م ٤٥ لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن او عته او جنون .

(٣) السفه عبارة عن التصرف بالمال بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه والاسراف مع قيام حقيقة الفعل . مباحث الحكم عند الأصوليين ص ٣٨٠ .

(٤) مغني المحتاج ٣/٢٦٤ .

(٥) المنتزع المختار ٢/٤٣٥ .

(٦) المغني ٨/١٩٥ .

(٧) مختصر المزني ٤/٥٠ على هامش الأم

(٨) الانصاف ٨/٣٩١ .

(٩) هذا عند الحنابلة على الصحيح اما على الرواية التي تقول بأن الخلع طلاق فيقع في هذه الحالة طلاقاً رجعياً .

زوجته السفيهة وهو يعلم أنها لا تلتزم بدفع المال يعتبر كأنه خالعها بدون عوض[1] هذا اذا كان بعد الدخول أما قبل الدخول فيعتبر بائناً .

مذهب الاحناف :

ان خلع المجنونة والصغيرة غير المميزة باطل ولا يقع به طلاق .

أما الصغيرة المميزة والسفيهة التي تعقل معنى النكاح والطلاق أي تفهم أن النكاح عبارة عن اجتماع رجل وامرأة وأن الطلاق فراقهما عن بعضهما قالوا يقع الطلاق بالخلع ولكن لا يلزمها المال لأنها ليست من أهل التبرع .

أما لو باشر الخلع عنها وليها :

فان كان البدل من مالها لم يجب المال وفي وقوع الطلاق روايتان[2] : —

١) الاصح ان الطلاق يقع لانه معلق على قبول الولي وقد قبل .

٢) والرواية الثانية أنه لا يقع لان الزوج انما علق طلاقه على استحقاق المال فاذا لم يتحقق اختل الرضا فيجب الا يقع[3] .

٢ — أما اذا كان البدل من مال الولي فالخلع صحيح والبدل لازم ولا رجوع للولي على الزوجة لانه متبرع [4] .

---

(١) جاء في مغني المحتاج ٣/٢٦٤ وان خالع بعد الدخول سفيهه بلفظ الخلع طلقت رجعياً ولغى ذكر المال لانها ليست من اهل التزامه وان اذن لها الولي . وليس لوليها صرف مالها في مثل ذلك .

(٢) جاء في الفتاوى المهدية ١/١٥٢ — فتوى : في رجل بلغه ان ابنته حاصل لها ضرر من زوجهافوجه اليه وطلب طلاق ابنته وخلاصها من الضرر فامتنع الزوج فأبرأه من مؤخر صداقها وغيره مما هو في ذمته والتزم الاب بذلك فطلقها في نظير ذلك فهل يقع بائناً ؟ ... ج : نعم يقع في مقابلة العوض طلاق بائن . ولا يسقط حق الزوجة اذا لم يكن بأمرها او اجازتها ولها المطالبة به على الزوج او الاب . فان رجعت بما ذكر على الزوج يكون له الرجوع بما يؤديه على الاب الملتزم .

(٣) المبسوط ٦/١٨٠

(٤) البحر الرائق ٤/١٨٠

مذهب الزيدية [1] :

ولا يصح الخلع من ولي مال الصغيرة الا اذا كان لها فيه مصلحة ولا يصح مع المصلحة الا اذا كان العوض من غيرها لعدم اعتبار نشوزها قبل التكليف .

فاذا خالع عن الصغيرة أبوها بمهرها لزمه لها ذلك سواء صح أم لا ويكون الطلاق خلعاً لأنه يصح العوض فيه من الغير وللمرأة أن تطالب الزوج بمهرها أو يرجع الزوج بالمهر على أبيها [2] .

مذهب المالكية [3] :

ان خلع الصغيرة والمجنونة غير جائز . ويفرق المالكية بين حالين :

١) اذا لم يعلق صيغة الخلع على استحقاق المال فيقع الطلاق وعليه رد المال ان قبضه .

٢) أما اذا علق الخلع على استحقاقه المال فلا يقع الطلاق ولا يجب المال .

اذا خالع الاب عن ابنته الصغيرة او السفيهة : فلو كانت في سن تجبر مثيلاتها على الزواج بولاية ابيهم ، فالخلع صحيح سواء أكان من ماله أو من مالها ، وسواء كان باذنها أم بدون اذنها [4] .

أما السفيهة التي ليس له عليها ولاية اجبار : ١) فاذا كان العوض من ماله فيجوز الخلع ولو لم يكن باذنها . ٢) أما اذا لم تأذن له وخالعها من مالها ففي ذلك قولان عند المالكية قيل لا يجوز وقيل يجوز ويقع الطلاق رجعياً . والى هذا ذهب الشافعية .

مذهب الشافعية [1] :

ولا يجوز خلع المجنونة ولا الصغيرة الغير المميزة . أما الصغيرة المميزة ففيه خلاف .

---

(١) التاج المذهب ٢/١٧٦ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٤١ وقال مالك : يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها .

(٣) ان غير الاب من الاولياء ليس له حق المخالعة الا باذن الزوجة .

(٤) المنتزع المختار ٢/٤٣٥

(١) مغني المحتاج ٣/٢٦٤ .

وأما السفيهة المحجور عليها فلا يصح الخلع عليها ويقع الطلاق رجعياً بدون مال . والسفيهة بعد الرشد وقبل الحجر يصح تصرفها على الاصح[1] .

مذهب الاباضية [2] :

جاء في شرح النيل : وان افتدى لطفلة أو مجنونة أبوها به أي بالصداق أو خالع عليها ببعضه فلم تجزه بعد البلوغ أو الافاقة اخذته من زوجها ورجع الزوج به على الاب .

***

(١) الام ١٨١/٥ .

(٢) شرح النيل ٤٨٣/٣ .

المطلب الرابع ـ هل يشترط ان تكون الزوجة المخالعة في طهر لا جماع فيه ؟

هل يقع الخلع في كل وقت ؟ ... أم ان له وقتاً مخصوصاً كالطلاق ، فلا يجوز إلا في وقت طهر الزوجة ، كما مر في بحث الطلاق المشروع ؟ ..

اختلف الفقهاء في الخلع وكان من البديهي أن نقول كل ما قيل في الطلاق يقال في الخلع قياساً ، لولا ان الآراء اختلفت قليلاً فبعض من قال أن الطلاق في الحيض لا يقع ، قال أن الخلع في الحيض صحيح ، وبعض من قال أن الطلاق في الحيض بدعي ، قال ان الخلع في الحيض غير بدعي ولهذا اختلف الرأي .

وها نحن نذكر مجمل الآراء في الموضوع :

١ ـ من قال انه لا يصح الخلع في الحيض :

قال الجعفرية أن الخلع في الحيض أو في طهر مسها فيه لا يقع لأنه طلاق . والطلاق في هذه الحالة لا يقع .

جاء في المختصر النافع[1] : يشترّط في المختلعة مع الدخول : الطهر الذي لم يجامعها فيه .

وفي الاستبصار في باب الخلع[2] : ولا يكون الا على موضع الطلاق أما طاهراً أو اما حاملاً بشهود .

وجاء في جواهر الكلام[3] ان الخلع لا يكون الا على طهر .

---

(١) المختصر النافع ٢٢٧ .

(٢) الاستبصار ٣/٣١٧ .

(٣) جواهر الكلام ٥/٣٦٠ .

وقال في السرائر[1] : والخلع لا يقع الا أن تكون المرأة طاهرة طهراً لم يقربها فيه بجماع ، أو يكون غير مدخول بها أو يكون غائباً عنها زوجها .

والخلاصة : [2] اشترط الامامية في المختلعة جميع ما اشترطوه في المطلقة من كونها في طهر لم يواقعها فيه اذا كانت مدخولاً بها وغير آيسة ولا حامل ولا صغيرة دون التسع .

٢ ـ من قال انه بدعي :

وقال الاباضية : ان الخلع في الحيض بدعي لا يجوز .

جاء في شرح النيل[3] : وسنّ الفداء كالطلاق واحداً في طهر لم تمس فيه وغير ذلك فداء بدعة .

وجاء في الديوان[4] : من أرا د الفداء من ناشزة فليصبر حتى تحيض ثم تطهر فيفاديها بلا أضرار ولااستثقال ولا ظلم لها ولا حرص على فراقها ولا ملك لجماعها فهذا هو الذي يجوز له أن يأخذ منها ما أعطاها .

وقال الزيدية : ان الخلع في ا لحيض بدعي .

جاء في البحر الزخار[5] وتدخله السنة والبدعة كالمطلق .

وقال في الروض النضير [6] : وتدخل السنة والبدعة كالطلاق الخالي عن العوض .

واختلف **الاحناف** في كراهية الخلع أثناء ا لحيض .

---

(١) السرائر ٣٥٠ .

(٢) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦١ .

(٣) شرح النيل ٣/٥٥٦ .

(٤) المصدر السابق ٣/٥٠٠ .

(٥) البحر الزخار ٣/١٧٩ .

(٦) الروض النضير ٤/١٦٦ .

قال القدوري[1] : والخلع في حالة الحيض مكروه في رواية الزيادات . وفي المنتقى لا بأس به في حالة الحيض اذا رأى منها ما يكره .

وقال الشلبي على الكنز [2] : روى عن أبي حنيفة لا يكره حالة الحيض .

ونقل ابن عابدين عن المحيط ان الخلع لا يكره في حالة الحيض بالاجماع[3] .

٣ ـ واختلف فريق آخر من الفقهاء اختلافهم حول ماهية الخلع فمن قال أنه فسخ قال لا بدعة في الخلع . ومن قال أنه طلاق قال أن الخلع في الحيض بدعي[4] .

وفرق الشافعية في الخلع بين أن يكون بين الزوجين ، فقالوا ان الخلع في الحيض لا بدعة فيه ، أما اذا كان الخلع مع اجنبي فتدخله البدعة والسنة . **وهو تفريق حسن مبني على ان الخلع بين الزوجين تم بالتراضي فلا مجال للتأجيل حتى الطهر .**

أما في حال خلع الاجنبي فقد تكون في حالة الحيض بحالة تشابه علتها منع الطلاق في الحيض تماماً .

قال في نهاية المحتاج [5] : ويجوز خلعها في الحيض لا خلع اجنبي في الاصح .

أما الموطوءة في الطهر فهو وان كان بدعياً الا أنه يحل خلعها ، وقيل يحرم لأن المنع هنا لرعاية الولد فلم يؤثر فيه الرضا بخلافه .

وذكر المزني في مختصره : « ان الخلع جائز في الحيض لأنه صلى الله عليه وسلم لم

---

(١) مختصر القدوري ٣٣/٢ .

(٢) تبين الحقائق الزيلعي ١٩١/٣ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٢٨/٢ .

(٤) يقول ابن تيمية في فتاويه ٤٥/٣ أجاز اكثر العلماء الخلع في الحيض لانه على قول الفقهاء الحديث ليس بطلاق بل فرقة بائنة . وهو في احد قولهم تستبرأ بحيضه لا عدة عليها ولانها تملك نفسها بالاختلاع فلها فائدة في تعجيل الابانة لدفع الشر الذي بينهما بخلاف الطلاق الرجعي فانه لا فائدة في تعجيله قبل وقته بل ذلك شر بلا خير .

(٥) نهاية المحتاج ١٠٩/٦ .

يسأل أمرأة ثابت بن قيس حين خالعها من زوجها[1] .

واختلف المالكية في الخلع هل يدخله بدعة أم لا نظراً لاختلافهم في علة منع الطلاق في الحيض .

فمن قال ان علة المنع هي لعدم تطويل العدة ، أي هي حق المرأة قال أنه لا بدعة في الخلع لأن الخلع تم برضاها .

ومن قال ان علة المنع هي للتعبد قال ان الخلع في الحيض لا يجوز لأنه بدعة ولا أثر لرضا الزوجة في الموضوع .

وقال الخرشي[2] من قال ان علة منع الطلاق في الحيض هي للتعبد ، منع الخلع في الحيض وان رضيت المرأة لأن الحق لها ولأنها أعطيت عليه مالاً ويلزم عليه أن يجبر المطلق على أن يراجعها وان لم تقم المرأة بذلك .

وقال الحنابلة أن منع الطلاق في الحيض كان لمنع الضرر عن المرأة وما دام الخلع تم برضا الزوجين وبعد أن وافقت الزوجة فلا ضرر عليها .

جاء في المغني[3] : لا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه ، لان المنع من الطلاق في الحيض ، من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة ، والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوءالعشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه،وذلك أعظم من ضررطول العدة فجاز دفع اعلاهما بادناهما . ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها[4] ولان ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه .

---

(١) مختصر المزني ٥١/٤ .

(٢) شرح الخرشي ١٦٩/٣ .

(٣) المغني ١٧٤/٨ .

(٤) يقول ابن حجر في فتح الباري ٣٣١/٩ : لكن يجوز ان يكون ترك ذلك لسبق العلم به او كان قبل تقريره فلا دلالة فيه لمن يخصه من منع طلاق الحائض .

وقال في كشاف القناع [1] : لا بأس به في الحيض والطهر الذي أصابها فيه اذا كان بسؤالها .

أما ابن تيمية فقد ذهب منحى آخر فقال بأن الخلع ليس مكروها في الأصل كالطلاق ولهذا أبيح في حالة الحيض .

قال ابن تيمية[2] : « وليس هو من الطلاق المكروه في الأصل . ولهذا يباح في الحيض بخلاف الطلاق » .

الاشهاد في الخلع :

هل يشترط الاشهاد في الخلع ؟ ... أم لا يشترط ذلك باعتبار أنه ايجاب وقبول ؟ ..

لم أجد ــ فيما اطلعت عليه ــ من اشترط ذلك إلا الامامية الجعفرية حيث قالوا : لا يصح الخلع إلا أمام شاهدين .

جاء في جواهر الكلام [3] ويشترط أن يكون أمام شاهدين يسمعان صيغة الايجاب والقبول .

وفي رأينا ان المخالعة اذا تمت أمام القاضي أو بناء على قرار الحكمين ينوب هذا مناب الأشهاد الذي شرع للتوثيق والتروي .

* * *

(١) كشاف القناع ١٦٨/٥ وقال شارح الاقناع : لانها رضيت بادخال ضرر تطويل العدة على نفسها .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٦٣/٣ .

(٣) جواهر الكلام ٣٦١/٥ .

الفرع الرابع

العوض

سنبحث في هذا الفرع ثلاثة أمور :

١ ــ مشروعية أخذ العوض على الطلاق .

١ ــ مقدار هذا العوض .

٣ ــ نوع العوض الذي يتم به الخلع .

المطلب الاول ــ مشروعية اخذ العوض

جاء تشريع الخلع في القرآن الكريم بقوله تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا ممــا اتيتموهن شيئاً الا ان يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم الايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ،ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » .

لا خلاف بين المسلمين على من أراد أن يخالع امرأة على عوض فذلك جائز له ، اذا خيف عدم اقامة حدود الله بينهما . أي اذا لم يراع احد الزوجين ما أوجبه الله عليه من واجبات نحو زوجة الآخر[١] .

أما الخلاف بين الفقهاء فهو حول جواز أخذ المال من الزوجة هل هو مشروط أم غير مشروط ؟

---

(١) قلنا في بحث مصادر الخلع ان هناك من ادعى نسخ الخلع ولكن لم يتابع احد هذا الرأي فلا عبرة به .

قال بعض الفقهاء أن أخذ المال مشروط بوجود الشقاق بين الزوجين أي حين الخوف من عدم اقامة حدود الله . وحدود الله بين الزوجين هي ما فرضته الشريعة الاسلامية على كل منهما نحو شريكه الآخر ، وذلك بقوله تعالى : « الا أن يخافا الا يقيما حدود الله » .

وقال بعضهم أن هذا وان ذكر في القرآن الكريم ، ولكن ليس على سبيل الشرط بل على أنه الغالب من الأمر[1] .

والذين قالوا يشترط الشقاق اختلفوا فيما بينهم هل هذا يجب أن يكون من أحد الزوجين أم من كليهما . وإذا لم يكن كذلك فهل يصح الخلع ، ويقع الطلاق رجعياً غير بائن ، أم ان الخلع في هذه الحالة غير صحيح والزوجية قائمة دون طلاق .

سأذكر هنا حجج من اشترط وجود الشقاق لجواز الخلع وأخذ الزوج المال . ثم أذكر شرطين من الشروط التي وضعها الفقهاء في الخلع وهي : شرط الكراهية من الزوجة . وشرط عدم المضارة من الزوج .

١ ـ شرط الشقاق والخلاف بين الزوجين لجواز الخلع :

قال الجمهور : لو خالع الرجل زوجته والاخلاق ملتئمة صح الخلع ولكن ذلك مكروه ودليل ذلك :

١ ـ قوله تعالى : « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » فهذا صريح باباحة وطيبة أخذ المال من الزوجة اذا كان ذلك برضاها دون أن يكون هناك أي شرط من وجود شقاق أو خلاف أو غيره[2] .

٢ ـ وقالوا اذا جاز للزوج أن يأخذ المال من زوجته على طلاقها في حال الشقاق والنزاع وهي غالباً التي تكون فيها مضطرة للخلاص من زوجها ، افلا يجوز للزوج أن يأخذ من مالها لطلاقها وهي في حالة الرضاء والاخلاق ملتئمة .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٤٦٦/١ احكام القرآن لابن العربي ١٩٣/١ .

(٢) تفسير الرازي ٣٧٥/٢ .

وقال الزيدية والظاهرية والجعفرية :

لا يجوز للزوج أخذ المال الا بوجود الشقاق ، واستدلوا :

١) ان الأصل عدم حل أخذ مال الغير إلا بحق ، وفي موضوع الخلع حرم الله ذلك واباحه في وضع معين حيث قال : « الا أن يخافا الا يقيما حدود الله » بعد أن ذكر التحريم بقوله : « ولا يحل لكم ... » ولم يكتف القرآن بذلك بل هدد من يخالف هذه الأحكام بقوله : « تلك حدود الله فلا تعتدوها ..

٢) وقوله تعالى : « فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا .. » اشترط الله أيضاً وجود الشقاق بين الزوجين لبعث الحكمين للصلح أو التفريق . فاذا ما فرق فقد يحكم بعوض على الزوجة تدفعه لزوجها ولهذا اشترط الشقاق .

٣) ان السنة النبوية بينت أحكام الخلع في حادثة ثابت بن قيس إثر شكوى امرأة زوجها من سوء معاملتها ، فدل على أن مشروعية الخلع كانت بعد أن وجد الخلاف والشقاق بين الزوجين .

وردوا على حجج الجمهور بقولهم :

١ ــ أما قوله تعالى : فان طبن لكم .. فهذا في غير موضوع الخلع فلا علاقة له بما نحن فيه . انما ورد فيما اذا تركت الزوجة مهرها لزوجها بطيبة من نفسها والزوجية قائمة لا حين انفصالهما فالقياس مع الفارق .

٢ ــ وأما قولهم أنه لما جاز في حال الشقاق أخذ مالها فيجب أن يجوز في حال الرضا بالأولى فغير صحيح . لأن الله نص في الخلع على أخذ المال مع الحظر بقوله : وان أردتم استبدال .. وقوله : ولا يحل لكم .. ونص على الاباحة في محل آخر في موضوع آخر وهو قوله : فان طبن . .

قال الجصاص : فقول القائل لما جاز أن يأخذ مالها بطيبة من نفسها من غير خلع جاز في الخلع ، قول مخالف لنص الكتاب [1] .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ص ٤٦٦/١ .

٢ ـ شرط الكراهية من الزوجة :

وسنبحث الآن شرط الكراهية من الزوجة ، فقد ذهب فريق كبير من الفقهاء ، الى أنه لا يجوز الخلع الا بوجود الكراهية من الزوجة ، لئلا يتخذ الأزواج ظلم زوجاتهم ذريعة لسلب أموالهم حتى تفتدي الزوجة نفسها بما تملك . وقد يرد على هذا الشرط ان الله تعالى لم يخص المرأة بذلك بل قال « الا أن يخافا الا يقيما حدود الله » فالخوف من عدم اقامة حدود الله ليس من الزوجة فحسب بل من الزوجين .

وقد أجاب الطبري على ذلك أحسن جواب فقال : ان الزوجة حين تكره زوجها تقصر في أداء واجباتها ففي هذه الحال يخشى من الزوج أن يقابل اساءتها بنفور وكراهية مثلها .

وهنا جاء أمر الشارع فأوجب على المسلمين التدخل للصلح بينهما . فأما اذا كان التفريط من كل واحد منهما في واجب حق صاحبه قد وجد وسوء الصحبة والعشرة قد ظهر للمسلمين فليس هناك للخوف موضع ،اذ كان الخوف قد وجد. وانما يخاف وقوع الشيء قبل حدوثه فأما بعد حدوثه فلا وجه للخوف منه ولا الزيادة في مكروهه(١) ...

وأما اراء المذاهب ، فقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم اشتراط الكراهية من الزوجة لصحة الخلع ، وخالف في ذلك بعض المذاهب :

١ ـ قال الظاهرية والزيدية والجعفرية : اذا خالع الزوج زوجته ، ولم تكن كارهة له او ناشزة فالخلع باطل ، لأنه لا يجوز أخذ مال الغير بدون حق ، والله حين أباح الخلع وأخذ الفدية انما اباحه بشرط أن تكون الزوجة ناشزة أو كارهه فاذا فعل ذلك وجب عليه رد المال الى زوجته .

ولكن اختلف الظاهرية عن الزيدية والجعفرية في وقوع الطلاق .

---

(١) تفسير الطبري ٥٦٢/٨ ويفسر الآية بقوله : فان خفتم ايها المؤمنون ان لا يقيم الزوجان ما حد الله لكل واحد منهما على صاحبه من حق والزمه به من فرض ، وخشيتم عليهما تضييع فرض الله وتعديه حدوده في ذلك فلا جناح حينئذ عليهما فيما افتدت به المرأة نفسها من زوجها .

قال الظاهرية لا يقع والزوجية على حالها .

وقال الجعفرية والزيدية يقع الطلاق رجعيا .

الظاهرية :

جاء في المحلى[1] : « فان وقع بغيرهما ، اذا خافت ان لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها – فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت ويبطل طلاقه ويمنع من ظلمها » .

وروى ابن حزم عن طريق عبد الرازق عن معمر عن الزهري : « لا يحل له أخذ شيء من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها . ان تظهر له البغضاء وتسيء عشرته وتعصي أمره .. »

الجعفرية :

أما الجعفرية فقالوا في اللمعة الدمشقية[2] : « ولا يصح الخلع الا مع كراهيتها فلو طلقها ولم تكره بطل البذل ووقع الطلاق رجعياً . »

وقال شارح اللمعة في الروضة البهية[3] : فلو طلقها والاخلاق ملتئمة بطل البذل ووقع رجعيا ...

ومثل ذلك جاء في المختصر النافع[1] لو خالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح ، ولم يملك الفدية .

---

(١) المحلى ١٠/٢٣٥ .

(٢) اللمعة الدمشقية ٢/١٦٥ .

(٣) الروضة البهية ٢/١٦٥

ومن الجدير بالذكر ان اشير الى ان الطلاق يقع رجعياً بمعنى انه يأخذ حكم الطلاق كما لو كان بدون مال بمعنى انه لو كان قبل الدخول او كانت الطلقة الثالثة لكان بائناً بدون خلاف .

(٤) المختصر النافع ص ٢٠٧ .

وجاء في جواهر الكلام [1] لو خالعها والأخلاق ملتئمة أي لا كراهية بينهما لم يصح الخلع ولا يملك الفدية بلا خلاف ولا أشكال[2] .

الزيدية :

وقال الزيدية في المنتزع المختار[3] : لا يصح الخلع الا بشرطين : ثانيهما أن تكون ناشزة عن شيء مما يلزمها له من فعل او ترك . ومن النشوز أن تؤذيه بلسانها بشتم او غيره .

وقال بعض الزيدية : يصح الخلع بتراضيهما ولو لم يكن منها نشوز او من غيرها حتى لو كانت صغيرة متى كان العوض من غيرها [4] .

وقال في الروض النضير[5] : وأخذ المال محرم إلا في حال واحدة هي قوله تعالى : « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما » .

وقال في التاج المذهب[6] ويشترط لصحة الخلع : ان تكون وقت الخلع ناشزة ولا نشوز مع سوء العشرة منه أو إضراره .

وعند الحنابلة : قول للامام أحمد يحتمل التحريم اذا لم يكن النشوز من الزوجة فقد جاء في المغنى [7] :

---

(١) جواهر الكلام ٣٦٠/٥ .

(٢) يلاحظ من هذه النصوص ان بعضها يشترط كراهية الزوجة وبعضها يشترط الكراهية منهما دون تحديد . والصحيح أن الكراهية يجب ان تكون من الزوجة وسبب التفرقة انهم يفرقون بين الخلع والمبارأة ولكن الراجح انه لا فرق بينهما .

قال في السرائر ٣٤٩ : الخلع لا يكون الا بكراهة من جهة المرأة دون الرجل والمبارأة تكون الكراهة منهما . وقال :

اما اذا كانت الحال بين الزوجين عامرة والاخلاق ملتئمة واتفقا على الخلع فبذلت له شيئاً على طلاقها لم يحل ذلك وكان محظوراً لاجماع اصحابنا .

(٣) المنتزع المختار ٤٣٦/٢ والشرط الاول هو ان تكون صحيحة التصرف .

(٤) الروضة الندية ٦٢/٢ .

(٥) الروض النضير ١٦٩/٤ .

(٦) التاج المذهب ١٧٦/٢ .

(٧) المغني ١٧٤/٨ .

ويحتمل كلام الامام أحمد تحريمه فإنه قال : الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع[1] .

أما الاباضية : فلم يشترطوا أن تكون الكراهية من الزوجة بل قالوا بوجود النشوز من أحدهما لجواز الخلع .

قال في شرح النيل : ولا يجوز لأحدهما الفداء الا بنشوز من الآخر أو بأس [2] .

وقال ابن حجر من الشافعية[3] : ان الشقاق اذا حصل من قبل المرأة فقط جاز الخلع والفدية ولا يتقيد ذلك بوجوده منهما جميعا وان ذلك يشرع اذا كرهت المرأة عشرة الرجل ولو لم يكرهها ولم ير منها ما يقتضي فراقها ..

* * *

٣ ـ شرط عدم المضارة من الزوج :

لا مجال للبحث في المذاهب التي اشترطت الكراهية من الزوجة في الخلع بحيث لو لم تكن كذلك لكان الخلع باطلاً وهي الظاهرية والزيدية والجعفرية[4] .

أما المذاهب التي أجازت الخلع مع الكراهة في حالة عدم نشوز الزوجة اشترطت ألا يكون **ذلك** بتضييق وارهاق الزوج لتفتدي نفسها منه . فهذه المذاهب اختلفت أيضاً في حال عضل الزوج واضراره بالزوجة هل يقع أم لا يقع ؟ ...

قال الحنابلة : اذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها منه فلا يجوز الخلع وان كان بالتراضي ويقع الطلاق رجعياً ويرد لها ما أخذ منها .

---

(١) ولكن جاء في الانصاف ٣٨٣/٨ فان خالعته بغير ذلك وقع مع استقامة الحال ـ وهذا المذهب .

(٢) شرح النيل ٤٩٨/٣ .

(٣) فتح الباري ٣٥١/٩ .

(٤) اجاز الجعفرية العضل في حال واحدة وهي اذا اتت زوجته بفاحشة وهي الزنا فيجوز العضل لتفتدي نفسها لقوله تعالى : « ولا تعضلوهن فتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة » وقيل لا يصح ذلك . الروضة البهية ١٦٦/٢ .

جاء في الانصاف[1] : فأما أن عضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها . إلا ان يكون طلاقاً فيقع رجعياً[2] .

وقال في المغني[3] : اذا عضل الرجل زوجته وضارّها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود .

وذهب المالكية لأكثر من ذلك فقالوا اذا تم الخلع وقبض الزوج العوض ثم تبين أن سبب الخلع أضرار الزوج بزوجته أذ أن به عيباً يجيز لها طلب الفرقة قالوا يرد عليها ما أخذه منها .

قال الخرشي [4] : اذا ادعت المرأة بعد المخالعة انها ما خالعته الا عن ضرر وأقامت بينة سماع على ذلك فان الزوج يرد ما خالعها به وبانت منه . ولا يشترط في هذه البينة السماع من الثقات والمقصود بالضرر : الضرر الذي لها التطليق به .

وجاء في المدونة [5] قلت : أرأيت لو كان النشوز من قبل المرأة ايحل للزوج أن يأخذ منها ما أعطته على الخلع قال : نعم اذا رضيت بذلك ولم يكن في ذلك ضرر منه لها .

وقال القرطبي[6] : وان كان النشوز من قبل الرجل بأن يضيق عليها ويضرها رد عليها ما أخذ منها .

---

(١) الانصاف ٨/٣٨٣ .

(٢) في وقوع الطلاق رجعياً او بائناً خلاف منشأه الخلاف حول وقوع الخلع بدون عوض ، فمن قال ان الخلع بدون عوض يقع بائناً قال هنا يقع بائناً ومن قال يقع رجعياً قال ايضاً هنا يقع رجعياً لأن الخلع في حال العضل ورد المال يأخذ حكم الخلع بدون عوض فليراجع في محله .

(٣) المغني ٨/١٧٨ .

(٤) شرح الخرشي ٣/١٥٨ .

(٥) المدونة ٥/١٧ .

(٦) تفسير القرطبي ٣/١٣٩ .

وقال الدسوقي[1] وقال عبد الملك : اذا ظهر العيب بالزوج رد ما أخذ منها لأنها كانت مالكة لفراقه .

وجاء في الموطأ[2] :

قال مالك في المفتدية من زوجها **أنه اذا علم ان زوجها أضرَّ بها وضيّق عليها وعُلم انه ظالم لها ، مضى الطلاق ، وردّ عليها .**

وقال مالك : فهذا الذي كنت اسمع والذي عليه أمر الناس عندنا

وقال الأحناف : أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته وأن يؤذيها لتفتدي نفسها منه وان فعل جاز قضاء ولكن لا يجوز أن يأخذ مما أعطاها شيئاً ديانة ، وكل هذا أيضاً بينه وبين ربه أما في القضاء فالكل جائز .

ويبدو لي ان سبب ما ذهب اليه الاحناف رغم ان النهي صريح بقوله تعالى : « ولا تعضلوهن فتذهبوا ببعض ما أتيتموهن » : ان النهي عندهم لا يقتضي فساد المنهي عنه اذا كان النهي لا لذات المنهى عنه .

أما الحنابلة فالنهي عندهم يقتضي فساد المنهى عنه ولذلك قالوا ببطلان الخلع في هذه الحالة .

ولهذا فان ابن الهمام وان مال الى رأي الظاهرية في عدم حل أخذ المال في حال عدم النشوز وان كان برضاها ، عاد فقال الا ان الخلع صحيح ، لأن النهي لا يعني الخلع بل الأمر خارج عنه كالبيع وقت النداء[3] .

قال في البحر الرائق[4] : ويكره للزوج أخذ شيء منها اذا كان النشوز من قبله .

---

(١) حاشية الدسوقي على الدردير ٢/٢٩٠ .

(٢) الموطأ ٣/١٨٥ .

(٣) فتح القدير ٣/٢٠٣

(٤) البحر الرائق ٤/٨٣ . وقال في المبسوط : الاصل في الخلع ان النشوز اذا كان من الزوج فلا يحل له ان يأخذ منها شيئاً بازاء الطلاق بقوله تعالى : وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً . ثم قال هذا ديانة . اما في الحكم فالخلع صحيح والمال واجب .

والمراد بالكراهية كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب . والحق ان الأخذ في هذه الحالة حرام قطعاً لقوله تعالى « فلا تأخذوا منه شيئاً » ولا يعارضه الآية الأخرى « فلا جنـــاح عليهما فيما افتدت به » لأن تلك فيما اذا كان النشوز من قبله فقط والأخرى فيما اذا خافا الا يقيما حدود الله فليس من قبله فقط نشوز . على أنهما لو تعارضا كانت حرمة الأخذ ثابتة بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق .

وفي امساكها لا لرغبة بها بل اضرارا لها وتضييقاً ليقتطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي معه فيها ذلك . « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا . ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » . فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها فيكون حراماً ، الا أنه لو أخذ جاز في الحكم وان كان بسبب خبيث .

وقال الاباضية[1] : ومن تغلب على زوجته فحمّلها مالا تطيقه من تضييع حقوق وضيق معيشة وسوء معاشرة حتى افتدت منه لم يحل له أخذه فيما عند الله وان جاز في الحكم . ولزمه الرد أن تاب . ولها أن تأخذ من ماله خفية .

وقال صاحب الروضة الندية[2] : اذا اذاها بمنع بعض حقوقها حتى ضجرت فاختلعت نفسها فهذا الفعل منه حرام ولكن الخلع نافذ .

ويبدو لي ان الرجل اذا عضل زوجته ليأخذ منها الا على طلاقها أمر منهي عنه بنص القرآن بقوله تعالى : « ولا تعضلوهن ... » والنهي يقتضي فساد المنهى عنه لدى الحنابلة والمالكية والجعفرية . ولهذا وجب على الزوج أن يرد ما دفعه الى زوجته فان لم يفعل فعلى الزوجة أن ترفع أمرها الى القضاء وعلى القاضي أن يحكم لها بذلك .

* * *

---

(١) شرح النيل ٣/٤٩٨ .

(٢) الروضة الندية ٢/٥٩ .

المطلب الثاني ـ مقدار العوض

قلنا ان بعض المذاهب لا تجيز الخلع الا اذا كان النشوز من جانب الزوجة وأما إذا كان من جانب الزوج فيبطل الخلع ويرد المال ، وفي وقوع الطلاق خلاف . وقد أجازت بعض المذاهب الخلع ولو كان النشوز من جانب الزوج . أما فيما يتعلق بمقدار العوض فقد اختلفت الآراء في تحديده .

قال الفخر الرازي[1] : قال بعض لا يجوز أن يأخذ أكثر مما أعطاها ... وقال آخرون بل دون ما أعطاها .

وأما سائر الفقهاء فانهم جوزوا بالمخالعة بالأزيد والأقل والمساوي .

وقال الطبري [2] : « غير اني أختار للرجل استحبابا لا تحتمياً اذا تبين من امرأته ان افتداءها منه لغير معصية الله ، بل خوفاً منها على دينها أن يفارقها بغير فدية ، ولا جعل فان شحت نفسه بذلك ، فلا يبلغ بما يأخذ منها جميع ما أتاها » .

ولهذا فسنقسم هذا البحث الى شعبتين :

١ ــ اذا كان النشوز من جانب الزوجة .

٢ ــ اذا كان النشوز من جانب الزوج .

أولاً : فاذا كان النشوز من جانب الزوجة فهل يحل للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها أم لا يجوز ذلك ؟ ...

الفقهاء في هذا الموضوع على ثلاثة أقوال :

١) لا يجوز أن يأخذ الزوج أكثر مما أعطاها اذا كان النشوز من جانبها .

٢) يجوز له أن يأخذ أقل أو أكثر مما أعطاها .

٣) لا يجوز أخذ الزيادة ديانة وتجوز قضاء .

---

(١) تفسير الرازي ٢/٣٧٧ .

(٢) تفسير الطبري ٤/٥٨٠ .

١ – قال الزيدية لا يجوز الخلع بأكثر مما دفع الزوج لزوجته من مهر وما للزوجة عند زوجها من حقوق نفقة لها ولأولادها . فلو خالعها على أكثر من ذلك بطلت الزيادة .

جاء في المنتزع المختار(١) : « ولا يحل منها أكثر مما لزم بالعقد لها ولأولادها منه . أي مهرها ونفقتها ونفقة عدتها وأجرة تربية الاولاد الصغار ونفقتهم » .

وقال في التاج المذهب(٢) : « وان كان النشوز من الزوجة فلا يحل للزوج أن يأخذ منها غير تبرع ، أكثر مما لزم عليه وجوباً بعقد النكاح الذي خالعها فيه من مهر ونفقة وكسوة مما هو واجب لها من يوم تزوجها الى يوم الخلع وما لزم لها من نفقة العدة الى يوم انقضائها وكذا ما لزم لها من تربية وحضانة لأولادها الى سن الاستقلال » .

وقال في الروضة الندية(٣) : « ويجوز بالقليل والكثير ما لم يجاوز ما صار اليهـــا منه » .

٢ – وقال الظاهرية والجعفرية والشافعية والمالكية يجوز أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ما دام ذلك بالتراضي بين الزوجين .

جاء في المحلى(٤) : « ولها أن تفتدي بجميع ما تملك » .
وجاء في الروضة البهية(٥) : « ويجوز أن يأخذ منها زائداً عما وصل اليها منه » .
وقال في السرائر(٦) « ويجوز أن يأخذ منها مهر مثلها وزيادة » .
وجاء في مغني المحتاج : يصح العوض قليلاً أو كثيراً (٧) .
قال ابن رشد في بداية المجتهد : وجائز عند مالك ان تختلع بأكثر مما يصير لها من

---

(١) المنتزع المختار ٢/٤٤٢ .
(٢) التاج المذهب ٢/١٨٤ .
(٣) الروضة الندية ٢/٦٠ وقال الشوكاني في تفسير الفتح القدير : وظاهر القرآن جواز الزيادة على دفعه لعدم تقييده بمقدار معين ١/٢١٣ .
(٤) المحلى ١٠/٢٣٥ .
(٥) الروضة البهية ٢/١٦٦ .
(٦) السرائر ص ٣٤٩ .
(٧) مغني المحتاج ٣/٢٦٥ .

الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها[1] .
وقال مالك في الموطأ : لا بأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها[2] .

٣ ــ وقال الاحناف والحنابلة لا يجوز أن يأخذ أكثر مما أعطاها فان فعل ذلك أثم ديانة والخلع صحيح ولا يرد ما أخذ قضاء لا ديانة .

وفي رواية عند الحنابلة عن أحمد أنه يرد الزيادة .

قال الجصاص : وقال أبو حنيفة وزفر أبو يوسف ومحمد : اذا كان النشوز من قبلها حلّ له أن يأخذ منها ما أعطاها ولا يزداد . فان فعل جاز في القضاء[3] .

وجاء في الانصاف : ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها . فان فعل كره وصح . هذا المذهب . وقال أبو بكر لا يجوز ويرد الزيادة . وهو رواية عن أحمد[4] .

ما نراه في تحديد عوض الخلع .

والذي أراه أن قوله تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا أن يخافا الا يقيما حدود الله» . فيه ما يدل على حظر أخذ أكثر مما أعطاها ولهذا فيجب تحديد بدل الخلع بما دفعه لها لا أكثر من ذلك لمفهوم الآية الكريمة بقوله تعالى : « مما آتيتموهن ... » .

وهناك أمر آخر وهو اننا اذا أردنا عدم تحديد مقدار العوض ، تعسف الزوج في عوض الخلع وبذلك لا يتحقق .

ودليلنا في هذا قوله صلى الله عليه وسلم لزوجة ثابت بن قيس : أما الزيادة فلا .

وعلى هذا فاننا نرى أن ينص المشرع على تحديد بدل الخلع بمبلغ لا يتجاوز الصداق الذي ساقه الزوج لزوجته للأمور التالية .

١ ــ لمدلول الآية الكريمة : ولا يحل لكم ...
٢ ــ وللحديث النبوي في قصة ثابت بن قيس ...
٣ ــ وللمصلحة التي تؤمن تحقيق الخلع بشكل لا يتعسف الزوج في قبوله .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٠٤ .
(٢) الموطأ ٣/١٨٥ .
(٣) احكام القرآن للجصا ص ١/٤٨٤ .
(٤) الإنصاف ٨/٣٩٨ .

ثانياً : اما اذا كان النشوز من جانب الزوج والكراهية منه :

ان المذاهب التي لم تجز الخلع الا اذا كان النشوز والكراهية من جانب الزوجة فلا مجال **للبحث فيها عن مقدار العوض**[1] .

اما المذاهب الأخرى فقد اختلفت

قال الاحناف : اذا كان النشوز من جانب الزوج فلا يصح أن يأخذ على خلعها شيئاً أبداً ، أما ان فعل ذلك وأخذ بدلاً عن الخلع جاز قضاء واثم ديانة .

قال الجصاص : وان كان النشوز من قبله لم يحل له أن يأخذ منها شيئاً فان فعل جاز في القضاء[2] .

وقال : اذا خلعها على أكثر مما أعطاها أو خلعها على مال والنشوز من قبله ان ذلك جائز في الحكم وان لم يسعه فيما بينه وبين الله تعالى .

وقال الثوري : اذا كان من قبله فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً .

وقال في مجمع الأنهر[3] : « وكره تحريماً وقيل تنزيهاً للزوج أخذ شيء من المهر وان قل لقوله تعالى « فلا تأخذوا منه شيئاً » ان نشز الزوج وكرهها وباشر أنواع الأذى . وكره أخذ أكثر مما أعطاها من المهر ان نشزت المرأة .

وهنا نرى انه لا يجوز للزوج ان يأخذ في حال نشوزه شيئاً مما اعطاها والا كان ذلك سبيلاً لارهاق الزوجات في سبيل التخلص من حياتهن الزوجية بدفع اموالهن لأزواج فسدت أخلاقهم وضاعت ضمائرهم وهذا **يخالف مذهب الاحناف فانهم قالوا لا يجوز ديانة . واي مانع لدى القاضي ان يحكم بالديانة اليس العمل بالديانة هو الأوفق للمصلحة والاكثر عدالة .**

---

(١) يلاحظ في المذهب الجعفري ان الذين فرقوا بين الخلع والمبارأة قالوا في الخلع لا يجوز ولا يقع الا اذا كانت الكراهية من الزوجة أما في المبارأة فيجوز أن تكون الكراهية منهما ويجوز أن يأخذ اكثر من المهر . السرائر ص ٣٤١ .

(٢) احكام القرآن للجصا ص ١/٤٦٤ — ٤٦٧ .

(٣) مجمع الانهر ١/٤٤٧

المطلب الثالث ـ نوع العوض الذي يتم به الخلع

كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون بدل خلع بين الزوجين . سواء أكان قيمياً أم مثلياً أو منفعة مقدراً بمال[1] . واذا ما فسد عوض الخلع انقلب الى خلع بدون عوض فيأخذ حكمه .

ولا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز أن يكون بدل الخلع نفقة الزوجة على زوجها ، أو نفقة ولدها الصغير ، أو أجرة حضانته ، على أن تكون المدة محددة معلومة[2] .

فاذا لم تقم الزوجة بالانفاق على ولدها في المدة المقررة أو مات خلالها يعود الزوج على زوجته بالنفقة عن المدة المتبقية في ذمتها[3] وكذلك لو أعسرت بالانفاق على طفلها تعود على زوجها بالنفقة وذلك لمصلحة الصغير[4] .

الخلع على اسقاط حق احد الزوجين في امساك ولده مدة الحضانة :

اذا خالعت الزوجة زوجها على أن تمسك ابنها بعد تجاوزه سن الحضانة الى أن يبلغ

---

(١) المال في الاصطلاح الفقهي كل ما يمكن تملكه وادخاره لوقت الحاجة . تاريخ التشريع الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ص ٢٧٦ ط ١٩٥٩ .

(٢) جاء في الفتاوي المهدية ٣٧٩/١ سئل في امرأة أبرأت زوجها ، وتحملت نفقة اولادها منه ، وارضاعهم في نظير طلاقها على طلقة بائنة ، فهل يكون لها الرجوع عليه ومطالبته باجرة الحضانة والنفقة ، حيث لم يقع تعيين لمدة التحمل المذكورة . اجاب في التنوير : شرط البراءة من نفقة الولد ان حددت له وقتاً كسنه صح ولزم والا لا .

انظر حكماً لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٤٢/١٠/٢٦

(٣) وخالف بذلك الاباضية فقالوا لا يرجع الوالد على الزوجة بشيء اذا مات الولد . شرح النيل ٤٨١/٣ .

(٤) جاء في حكم لمحكمة الجمالية الشرقية بمصر : المنصوص عليه شرعاً ان المرأة اذا اختلعت من زوجها برضاع ولدها الذي هي حامل به الى سنتين جاز وعليها اذا مات او لم يكن ثمت في بطنها ولد او ماتت هي ، قيمة الرضاع واجرة رضاع سنة اذا مات بعد سنة من تاريخ ولادته الا اذا استثنت حالة الموت عند اشتراط ذلك فلا تضمن . المحاماة الشرعية س ١٠ ع ٤ ٢٠ نوفمبر ١٩٣٣ ١٢ شعبان ١٣٤٢ هـ .

الحلم او اتفق على أن تسقط الزوجة حقها لزوجها في امساك الطفل فهل يجوز الخلع ويصح الشرط ؟؟ .

اختلف الفقهاء في هذا الشرط وسبب الخلاف في نظري يعود الى حق الحضانة نفسه هل هو حق خاص للحضانة يسقط بالاسقاط بحيث يجوز لها التنازل عنه ، أم هو حق للطفل تلزم به الأم أو الوالد ولا يجوز لأحدهما التنازل للآخر عنه ؟ ..

ذهب الاحناف الى أن حق الحضانة هو حق الطفل لا يملك أحد الابوين التنازل عنه فاذا تخالعا على ذلك صح الخلع وبطل الشرط كما هو حق للحاضن أيضاً .

جاء في المبسوط[1] :

لا يجوز الخلع على أن تتنازل عن حضانة ولدها لأبيه لأن هذا حق الولد . وبقاؤه عند امه انفع له . ولهذا لو تزوجت شخصاً آخر عاد الى أبيه لأنها تشغل بخدمة زوجها الثاني وطالما أنه حق للولد فليس لها أن تبطله بالشرط فاذا خالعته على أن تترك الولد عنده فالخلع جائز والشرط باطل[2] .

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[3] : اذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل اذ أن الأم تكون أحق بالولد لحق الولد فان كون الولد عندها أنفع له ... واذا ثبت ان هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط .[4]

---

(١) المبسوط ١٦٩/٦ .

(٢) هذا بخلاف ما اذا اختلعت على امساك ابنتها عندها الى ان تبلغ الحلم.فان ذلك صحيح لان من الفقهاء من جعل للام هذا كله . فرق الزواج الشيخ علي الخفيف ص ١٧٦ .

(٣) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٣/١٨ .

(٤) من الفروع الفقهية التي ذكرها الأحناف والتي تدل على ان الحضانة حق للحاضن :

ا – اذا ارضعت الطفل مرضع غير أمه فيجب ان يكون الارضاع لدى الأم حفظاً لحقها في طفلها المحضون

ب – لا يجوز للأب ان ينقل الطفل المحضون من البلد الذي تقيم فيه الحاضن ولو كان في البلد الآخر حاضنة أخرى تليها بالترتيب .

جـ – وكذلك ليس للأب او القاضي نزع حضانة الصغير من حضانته اذا توافرت اهلية الحضانة لديها لنقله الى حاضنة اخرى تليها .

مما يمكن القول بأن حق الحضانة هو حق مشترك لكل من الطفل المحضون والحاضن .

راجع الزواج والطلاق للمؤلف ٤٥٦

جاء في الفتاوى الخيرية : سئل في رجل سألته زوجته أن يطلقها على ارضاع ولدها الذي هي حامل به وعلى امساكه مدة سنين معلومة فطلقها على ذلك هل يلزمها ذلك ويكون حكمه حكم الخلع ؟ .

فأجاب : نعم يلزمها شرعاً فقد صرحوا بصحة الخلع على امساك الولد مدة معلومة وعلى ارضاعه اذا كان رضيعاً وان لم يبين المدة وترضعه حولين .

المالكية :

أما المالكية فالمعروف عندهم أنه يجوز للزوجة أن تتنازل عن الحضانة لزوجها . ولكني وجدت ان هذا الحق مقيد بعدم الاضرار بالولد لان للولد حقاً في حضانته فاذا تضرر الولد لم يجز هذا التنازل اتفاقاً [١] .

وقد نص الدردير في شرحه مختصر خليل على أن الخلع يجوز باسقاط حضانة الزوجة للاب وينتقل الحق له .

ولكن الدسوقي قيد ذلك في حاشيته بقوله « هذا مقيد بأن لا يخشى على المحضون ضرراً أما بعلوق قلبه بأمه أو لكون مكان الام غير حصين والا فلا تسقط الحضانة حينئذ اتفاقاً » .

الامامية :

وقال الامامية يجوز للزوجة أو الزوج التنازل عن حضانة ولدهما اذا تم الاتفاق على ذلك لأنه لم يرد نص في وجوب هذا الحق لأحد الابوين دون الآخر [٢] .

* * *

(١) الدردير علي خليل ٢/٤٠٨ .

(٢) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١١٢ .

الفرع الخامس

الخلع لدى القاضي

هل يشترط أن يكون الخلع لدى القاضي أم أنه يكفي فيه تراضي الزوجين دون أذنه . اختلف السلف في ذلك .

روى الحسن وابن سيرين : ان الخلع لا يجوز الا عند السلطان .

وقال سعيد بن جبير : **لا يكون الخلع حتى يعظها ، فإن اتعظت والا هجرها ، فإن اتعظت والا ضربها ، فإن اتعظت والا ارتفعا الى السلطان ، فيبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فيرويان ما يسمعان الى السلطان فإن رأى بعد ذلك ان يفرق فرق وان رأى ان يجمع جمع .**

وروي عن علي وعمر وعثمان وابن عمرو وشريح والزهري . ان الخلع جائز دون السلطان[1] .

وجمهور الائمة والفقهاء على ان الخلع يجوز بدون القاضي .

وخالف بذلك بعض الشيعة الجعفرية فقالوا لا بد من اذن القاضي . أما جمهور الجعفرية فلا يشترطون اذن القاضي ولكنهم قالوا يستحب ذلك .

وهذه آراء جمهور الفقهاء .

جاء في المبسوط[2] : والخلع جائز عند السلطان وغيره ، لانه عقد يعتمد التراضي ،

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٤/٤٦٨ .

(٢) المبسوط ٦/١٧٣ .

كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض . وللزوج ولاية ايقاع الطلاق . ولها ولاية التزام العوض فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد .

وقال ابن قدامه : ولا يفتقر الخلع الى الحاكم[1] . وقال بعد أن ذكر رأي من اشترط اذن السلطان : ولنا قول عمر وعثمان .

ولانه معارضة فلم يفتقر الى السلطان كالبيع والنكاح .
ولأنه قطع عقد بالتراضي أشبه بالاقالة .
وروى البيهقي : عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير ان رجلا خلع امرأته في ولاية عثمان رضي الله عنه غير السلطان فأجازه عثمان رضي الله عنه[2] .

وقال ابن حزم بعد أن ذكر اقوال الحسن وابن سيرين قال « وهذا كله لا حجة على تصحيحه[3] . »

وقال خليل : « وجاز وهو الطلاق بعوض بلا حاكم[4] » .
وقال الطحاوي بعد أن ذكر رأي من اشترط اذن السلطان : أنه شاذ مخالف لما عليه الجم الغفير[5] ».

وعند الجعفرية قولان : جاء في التهذيب والاستبصار : ولا يكون ذلك الا عند السلطان[6] . ولكني وجدت نصاً معللاً في كتاب مختلف الشيعة يقول فيه[7] : المشهور عند علمائنا : ان الخلع لا يفتقر الى السلطان بل يجوز لغيره .

وقال ابن الجنيد : ولا يكون ذلك عند سلطان قيم بأمر المسلمين .

---

(١) المغني ١٧٤/٨ .
(٢) سنن البيهقي ٣١٥/٧ .
(٣) المحلى ٢٣٧/١٠ .
(٤) حاشية الدسوقي ٤٠٦/٢ .
(٥) الفتح الباري ٣٢٦/٩ .
(٦) التهذيب ٢٧٦/٢ . والاستبصار ٣١٨/٢ وسند الحديث في الاستبصار . رواه احمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن اسماعيل بن بزيع عن صفوان عن موسى بن بكر عن زراره عن ابي جعفر عليه السلام قال
(٧) مختلف الشيعة ص ٤٤ مخطوط

ولنا : أنه عقد معاوضة فلم يكن من شرط الحاكم كسائر العقود .
ولأ نه طلاق فلا يشترط فيه السلطان .

واحتج : (ابن الجنيد) بما رواه زرارة عن الباقر[1] الى أن قال ولا يكون ذلك الا عند سلطان. ولأنه تعالى قال : «فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به». وهذا خطاب للحاكم والجواب على الأول : بالحمل على الاستحباب . وعن الثاني ان الخطاب مع الازواج وعلى أنه لا يجوز التخصيص للدليل .

ادلة الجمهور :

١ ــ عموم آيات القرآن التي جاءت بحكم الخلع حيث لم تشترط اذن السلطان .
٢ ــ أنه قول عمر وعثمان وجمهور الصحابة .
٣ ــ ان الخلع عقد معاوضة فلا يفتقر الا الى التراضي فهو كسائر العقود التي تتم بدون حضور القاضي .
٤ ــ ان الخلع طلاق والرجل يملك هذا الحق بدون اذن أحد .

ادلة الآخرين :

ذكر ابن الهمام في الفتح القدير أنه لم يجد لمن قال بوجوب اذن السلطان في الخلع حجة لرأيهم ولكنه استظهر لهم دليلا فقال : وأما وجه من قال لا بد من اذن الامام فلم أره . ويظهر أن قوله تعالى : « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فانه تعالى شرعه مشروطاً بخوف الأئمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى : فان خفتم ، وهذا فرع الترافع اليهم[2] .

ومعنى قول ابن الهمام : وهذا فرع الترافع اليهم . أي لا معنى للترافع اذا لم يكن الاذن ضرورياً ، فلو لم يكن اذن القاضي شرطاً في الخلع لما كان هناك معنى للترافع الذي استلزمه اشتراط خوفه[3] .

---

(١) يبدو ان ابن الجنيد احتج بالحديث الذي رويناه في التهذيب وسنده كما ذكرنا في الاستبصار عن زراره ..
(٢) فتح القدير ٣/٢٠٢ .
(٣) رسالة مخطوطة للشيخ عبد الله العشيري في المكتبة الازهرية .

ولكني وجدت حجة من قال باشتراط اذن السلطان نقلها ابن حجر في الفتح الباري[1] وهي ما استظهره ابن الهمام .

قال بعد أن ذكر رأي الحسن البصري أنه لا يجوز الخلع دون السلطان قال : واختاره أبو عبيد واستدل بقوله :

١ ــ قوله تعالى : فان خفتم الا يقيما حدود الله .

٢ ــ وبقوله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها .. »

قال : فجعل الخوف لغير الزوجين ولم يقل فان خافا . وقوى ذلك بقراءة حمزة الا أن يخافا (بالضم) قال : والمراد الولاة .

وجاء في معاني القرآن للفراء قرأها حمزة على هذا المعنى : « الا أن يخافا » ولا يعجبني ذلك وقرأها بعض أهل المدينة كما قرأها حمزة[1] .

ويبدو لي أنه يجب أن نفرق بين حالين : حال التراضي بين الزوجين على المخالعة ، فلا نشترط اذن القاضي . وبين حالة أخرى هي الغالبة ، وهي حال النشف والكراهية من أحدهما للآخر فيجب أن يكون ذلك باذن القاضي ليتحقق على الأقل من شروط الخلع والذي منها على رأي فريق من الفقهاء الكراهية : كراهية الزوجة لزوجها وعدم ظلم الزوج لزوجته وعدم جواز أخذ أكثر مما اعطاها . كل هذه شروط وضعها فريق كبير من الفقهاء . أفلا يستحسن أن يكون كل ذلك باشراف القاضي وحضوره ليسهر على تطبيق أحكام الله في المخالعة بين الزوجين ؟

وخلاصة القول الذي نراه بأنه اذا تم الاتفاق بين الزوجين بالرضا التام على المخالعة فلا حاجة للقضاء ، والا رفع الأمر للقاضي .

---

(١) الفتح الباري ٢٢٦/٩ .

(٢) وقال الفراء : وفي قراءة ابي : الا ان يظنا الا يقيما حدود الله والخوف والظن متقاربان في كلام العرب :

قال ابومحجن الثقفي : اذا مت فادفني الى جنب كرمة ... تروي عظمي بعد موتي عروقها
ولا تدفنني في الفلاة فإنني ... أخاف اذا ما مت ان لا أذوقها

والخوف في هذا الموضع كالظن لذلك رفع اذوقها .
معاني القرآن ١٤٥/١ .

المبحث الثالث

آثـــار الخلع

ان الأثر الذي يرتبه الخلع بين الزوجين هو الفرقة بينهما .. [1] فهل هذه الفرقـــة طلاق ينقص عدد الطلقات أم هو فسخ ؟ ... واذا كان طلاقاً فهل هو طلاق بائن أم طلاق رجعي ؟

ان الاصل في كل فرقة تمت بين زوجين أن تكون طلاقاً . الا ان الخلع نظراً لما يرافقه من عوض ، وما اشترط بعض الفقهاء فيه أن يكون لدى القاضي . وأنه غالباً ما يكون بطلب من المرأة . كل هذا كان سبباً للاختلاف بين الفقهاء حول الأثر الذي يحدثه بهذه الفرقة .

قال فريق من الفقهاء ان الخلع طلاق ، وذهب فريق آخر الى أنه فسخ . والذين قالوا أنه طلاق على ثلاثة آراء :

١ ــ منهم من قال انه بائن .

٢ ــ ومنهم من قال أنه رجعي .

٣ ــ ومنهم من قال انه بائن وينقلب الى رجعي في حالات .

* * *

---

(١) وقال بعض الفقهاء : من آثار الخلع ايضاً اسقاط الحقوق الزوجية .

الخلع طلاق بائن

روى هذا الرأي عن عثمان وعلي وابن مسعود ، وبه قال مالك والثوري وابو حنيفة وأصحابه والاوزاعي ، ورواية عن احمد ، والقول الصحيح للشافعي . كما روى عن عطاء وشريح والشعبي وابراهيم النخعي .

تفصيل آراء المذاهب :

قال الاحناف : ان الخلع تطليقة بائنة[1] لان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام .

جاء في المبسوط [2] : الخلع تطليقة بائنة ، والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه .

وقال المالكية في بداية المجتهد[3] : ان الفسوخ هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره . وهذا راجع الى الاختيار . فليس بفسخ واذن هو طلاق .

---

(١) جاء في حكم لمحكمة منفلوط الشرعية بمصر ان الطلاق على البراءة يقع بائناً لأنه طلاق بعوض ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة الشرعية ع ٩/٨ .

اما اذا ادعى الزوج البراءة ولم يثبتها فهل يقع الخلع رجعياً ام بائناً ؟ اختلف الأئمة والقضاء في مصر في ذلك .

ففي حكم لمحكمة ابو قرقاص الشرعية يعتبر الطلاق بائناً متى ادعى الزوج حصوله على البراءة ولو لم يثبتها . ٢٩ شوال سنة ١٣٥٢ هـ ١٤ فبراير سنة ١٩٣٤ المحاماة س ٢ ص ١٧٣ .

وفي حكم لمحكمة الفشن الشرعية — ادعاء الزوج الطلاق مقابل البراءة مع عدم ثبوتها يجعله رجعياً . ٢١ صفر سنة ١٣٥٠هـ ٧ يوليه سنة ١٩٣١ — المحاماة الشرعية العدد ١٠ .

(٢) المبسوط ١٧٧/٦ .

(٣) بداية المجتهد ٤١/٢ .

وجاء في المجموع للزيدية[1] : حدثني زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام قال اذا قبل الرجل من امرأته فدية فقد بانت منه بتطليقة .

وقال الحنابلة في المحرر[2] والخلع طلقة بائنة .

وهذه رواية عن احمد . ـ وسيأتي معنا ان المذهب على أن الخلع فسخ ـ . ـ وجاء في الوجيز للشافعية[3] : الصحيح أنه طلاق ـ .

وقال المزني[4] : واذا كان الفراق عن تراض ولا يكون الا بالزوج والعقد صحيح ليس في أصله علة ، فالقياس عندي أنه : طلاق ـ .

وقال الاباضية في شرح النيل[5] : والفداء بأنواعه طلاق عند الأكثر . وقال شاذ منا أنه غير طلاق .

* * *

(١) المجموع الفقهي ١٦٦/٤ . وروى ابن حزم هذا الحديث عن مجاهد وقال انه لا يصح لأن مجاهداً لم يدرك علياً إلا انه في هذا الحديث اتصل بعلي بن أبي طالب .
(٢) المحرر ٤٥/٢ وقد قدم رواية ان الخلع طلاق ثم ذكر أن الخلع فسخ هو الأصح .
(٣) الوجيز للغزالي ٤١/٣ .
(٤) مختصر المزني ٥٢/٤ .
(٥) شرح النيل ٤٨١/٣ .

ادلة من قال ان الخلع طلاق بائن

١ ـ ما رواه ابن عباس عن النبي عليه السلام أنه قال لثابت : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة . وان كان افتى بغير ذلك فالعبرة بروايته لا بفتواه .

وقد روى أيضاً مالك عن نافع في قصة خلع الربيع بنت المعوذ ان عدة المختلعة عدة المطلقة .

٣ ـ ما رواه سعيد بن المسيب : ان النبي جعل الخلع تطليقة[١] . وهذا وان كان مرسلا ولكن مراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين [٢] .

٣ ـ لو كان الخلع فسخاً لما صح بغير الصداق كالاقالة في البيع والاقالة غير جائزة بأقل من الثمن[٣] .

وبما أن الخلع يجوز بأقل من الصداق وبأكثر منه لم يكن فسخاً فهو اذن طلاق[٤] .

---

(١) قال الزيلعي ٢/٢٦٨ : وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفاً ومرفوعاً . وقال العيني في عمدة القاري ٢٠/٢٦١ رواه الدارقطني والبيهقي ، ولكنه اعل بعباد بن كثير احد رجاله .

(٢) قال ابن الهمام في الفتح القدير : ومراسيل سعيد لها حكم الوصل لأنه من كبار التابعين ، وكبار التابعين قل ان يرسلوا عن رسول الله إلا عن صحابي وإن اتفق غيره نادراً فن ثقة هكذا تتبعت مراسيله ٣/٢٠١ .

(٣) احكام القرآن للجصاص ١/٤٦٧ .

(٤) ذكر صاحب الدر المختار في هـذا الموضوع انـه لو قضى بكون (الخلع) فسخاً نفذ لأنـه مجتهد فيه. وقال ابن عابدين : لأنه موضع اجتهاد صحيح بمعنى انه يسوغ فيه الاجتهاد لأنه لم يخالف مجتهداً فيه حتى لو حكم به حاكم يراه لا ينفذ ، ولا يخفى ان المراد بقوله نفذ ، هو ما لو حكم به حنبلي بخلاف الحنفي ، فإنه وإن صح حكمه بغير مذهبه على احد القولين ، لكنه في زماننا لا يصح اتفاقاً ، لتقييد السلطان قضائه بالحكم بالصحيح من مذهبنا ، فلا ينفذ حكمه بالضعيف فضلا عن مذهب الغير .

٤ ــ ما روى هشام بن عروة عن أبيه عن جمهان ان ام بكرة الاسلمية كانت تحت عبد الله بن أسيد فاختلعت منه ، فقدما الى عثمان بن عفان فأجاز ذلك وقال : هي واحدة الا أن تكون سميت شيئاً فهو على ما سميت[1] .

٥ ــ ما روي عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود أنه قال : لا تكون تطليقة بائنة الا في فدية وايلاء[2] .

* * *

---

(١) المحلى ٢٣٨/١٠ .

(٢) زاد المعاد ٣٦/٤ ولكن ابن القيم يقول : ليس معنى كلامه أن الخلع طلاق بائن بل مراده ان يقول : ان الطلقة في الخلع تقع بائنة لا ان الخلع يكون طلاقاً بائناً .
وهذا تأويل بعيد .

الخلع طـلاق رجعي

قال سعيد بن المسيب والزهري : الزوج بالخيار بين امساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة[1] . وبهذا الرأي أخذ الظاهرية فقالوا ان الخلع طلاق رجعي .

قال ابن حزم[2] : « وهو طلاق رجعي الا ان يطلقها ثلاثا أو آخر ثلاث ، او تكون غير موطوءة فان راجعها في العدة جاز ذلك أحبت أم كرهت ، ويرد ما أخذ منها اليها » .

ودليل ابن حزم في أن الطلاق رجعي :

١ ـ ما نقل عن سعيد بن المسيب والزهري في المختلعة .

٢ ـ وان الطلاق البائن الذي لا رجعة فيه هو الثلاث وقبل الدخول فقط وما غيرهما فهو طلاق رجعي .

وقد يرد على هذا ان الخلع شرع لتتخلص الزوجة من زوجها على أن تدفع له مالا لقاء ذلك فكيف تجوز مراجعته .

ويقول ابن حزم : وأما رده ما أخذ منها فانما أخذه لئلا تكون في عصمته فاذا لم يتم لها مرادها فمالها الذي لم تعطه الا لذلك مردود عليها . الا أن يبين لها انها طلقة له الرجعة فيها فترضى فلا يرد عليها شيء[3] .

أي ان الزوج يجوز أن يشترط أن له الرجعة بدون رد المال فتصح الرجعة بدون أن يرد اليها ما دفعته اليه وهذا برضاها طبعاً . وأما الرجعة فثابتة على كل حال .

---

(١) المغني ١٨٢/٨ .

(٢) المحلى ٢٣٥/١٠ .

(٣) المرجع السابق ٢٤٠/١٠ .

الرد على ابن حزم :

وقد رد جمهور الفقهاء على ابن حزم فيما ذهب اليه ان الخلع طلاق رجعي . قال ابن تيمية[1] : وهـــذا خطأ فان مقصود الافتداء لا يحصل الا مع البينونة ولهذا كان حصول البينونة بالخلع مما لم يعرف فيه خلاف بين المسلمين .

وقال ابن قدامـــه في المغني [2] : وانما يكون فـــداء اذا خرجت به عن قبضته وسلطانه . واذا كانت الرجعة فهي تحت حكمه :

١ ــ ولنا قوله تعالى : فيما افتدت به .

٢ ــ ولأن القصد ازالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر .

٣ ــ والخلع طلاق بائن لأن الزوج ملك البدل عليها فتصير هي بمقابلته املك لنفسها ولأن غرضها من التزام البدل ان تتخلص من الزوج ولا يحصل ذلك الا بوقوع البينونة .

وقال في الروض النضير[3] : ولأنه معاوضة ولا يثبت في المعاوضات استبداد احد المتعاوضين بكلا العوضين ضرورة .

وجاء في البحر الزخار : ولا رجعة مع الخلع اذ ثمرته سلطان الزوج عليها[4].

مناقشة ابن حزم والظاهرية فيما ذهبوا اليه :

انا مع ابن حزم فيما ذهب اليه ان الاصل في الطلاق انه رجعي ولا طلاق بائن في الشريعة الاسلامية الا ما كان قبل الدخول لانه لا عدة فيه ، وما كان مكملا للثلاث لان الزوجة تبين به بينونة كبرى .

غير اني اقول لابن حزم ان للعقـــود والتصرفات في الشريعة الاسلامية هدفاً وغاية فكل تصرف اذا جرد عن هدفه وغايته كان عبثاً مفعوله والشريعة منزهة عن

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣٢/٣ .
(٢) المغني ١٨٢/٨ .
(٣) الروض النضير ١٦٦/٤ .
(٤) البحر الزخار ١٨٠/٣ .

العبث . فالمراة حين تطلب المخالعة انما ترمي الى غاية معينة هي ان تتخلص من حياتها الزوجية بعد ان يئست منها وبعد ان فشلت جميع محاولات الصلح بينها وبين زوجها فآثرت ان تدفع له هذا العوض للتخلص من زوجها بل للتخلص من الشقاء الذي اصبح يحوم حولها في بيتها وبين اولادها .

فاذا جاء الزوج وراجعها بعد أن تم الخلع وقبض المال . فهل يحقق الخلع هدفه بهذه المراجعة ؟ بل ما الفائده من ذلك . ؟ ان الرجعة شرعها الاسلام للزوج ليتدارك خطأه حيث يندم في فترة العدة أو قد يطلق لسبب قد يبدو له تفاهته أو لذنب اعتقده في زوجته فتبين له خطأه في هذه الاحوال وتلافياً لهذه الهفوات شرع الله الرجعة للزوج ما دامت زوجته في العده.

أما هنا فالموضوع مختلف لأن المرأة هي التي طلبت الفرقة، وقد يكون ذلك بدون موافقة الزوج، كما لو كان بحكم القاضي بناء على تحكيم الحكمين، فاعطاء حق المراجعة للزوج ينافي الغرض الذي لاجله شرع الخلع .

لو كان الخلع بطلب من الرجل — وهذا لا يجيزه ابن حزم ولم يكن للمرأة دور فيه لقلنا انه يحق له المراجعة ، ولكن طالما ان المرأة هي التي ساهمت الى حد كبير ان لم اقل انها كل شيء في الخلع فهي التي طالبت زوجها او القاضي بالفرقة وهي التي دفعت العرض بعد ان تعذر عليها استمرار المعيشة الزوجية المشتركه .

ولهذا فيبدو لي ان رأي ابن حزم لا يتفق مع الغاية المرجوة من تشريع الخلع لانه لا يحقق للزوجة الخلاص الذي شرعه الله لها .

مع ابن القيم فيما فهمه من كلام سعيد بن المسيب والاقالة في الخلع :

جاء في زاد المعاد[1]: وفي تسميته صلى الله عليه وسلم الخلع فدية دليل على ان فيه معنى المعاوضة ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين . فاذا تقايلا الخلع ورد عليها ما اخذه منها وارتجعها في العدة فهل لها ذلك ؟ ..

منعه الائمة الاربعة وغيرهم وقالوا قد بانت منه بنفس الخلع .

(١) زاد المعاد ٣٥/٤ .

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب انه قال في المختلعة: ان شاء ان يراجعها فليرد عليها ما أخذه منها في العدة وليشهد على رجعتها . قال معمر وكان الزهري يقول ذلك .

ويقول ابن القيم :

ولقول سعيد بن المسيب والزهري وجه دقيق من الفقه لطيف المأخذ تتلقاه قواعد الفقه واصوله بالقبول . ولا نكارة فيه غير ان العمل على خلافه . فان المرأة ما دامت في العده فهي في حبسه ويلحقها طلاقه المنجز عند طائفة من العلماء .

فاذا تقايلا عقد الخلع وتراجعا الى ما كانا عليه بتراضيهما، لم تمنع قواعد الشرع ذلك وهو بخلاف ما بعد العدة فانها قد صارت منه اجنبية محضة فهو خاطب من الخطاب ويدل هذا على ان له أن يتزوجها في عدتها منه بخلاف غيره .

ملاحظاتنا حول هذا النص :

١ ــ الذي فهمته من هذا النص ان ابن القيم يريد ان يأتي بحكم الإقاله في الخلع، وهل تجوز ام لا لأنه جاء بحكم الخلع من حيث انه فسخ ام طلاق في فصل آخر وذكر رأي من قال انه رجعي . ورد عليه بقوله[1]: « وفي الآية دليل على حصول البينونة به لانه سبحانه سماه فدية ولو كان رجعياً كما قاله بعض الناس لم يحصل للمرأة الافتداء من الزوج بما بزلته له » .

فابن القيم لا يبحث هنا هل ان الخلع رجعي ام بائن بل يبحث في جواز التقايل في الخلع وقد بدأ به عبارته وختمها به واستشهد بكلامه على رواية سعيد بن المسيب

٢ ــ ان ماروي عن سعيد بن المسيب هو حق الرجل بالمراجعة، لا التقايل بين الزوجين، أي ما نقله سعيد لا يفيد اشتراك الزوجة مع زوجها في المراجعة، بل هو حق للزوج وليس لتراضيهما معاً اي في كلامه كما ذهب اليه ابن القيم . وكلام سعيد صريح بقوله : فان شاء ان يراجعها .....

(١) زاد المعاد ٣٤/٤ .

٣ ــ والذي يمكن ان نقوم به هذا النص، ان نحذف منه عبارة سعيد أي ان لا نستشهد بما يريد ان يقوله عن الاقالة بما رواه عن سعيد . فابن القيم يريد في هذا الفصل ان يبحث هل للزوجين التقايل في عقد الخلع فيجيب ان له ذلك من قواعد الشرع واصوله .

وقد سبقه الى ذلك شيخه ابن تيميه دون ان يصرح فيما اطلعت عليه فقد جاء في فتاويه[1]: والجمهورانه لا يملك الزوج وحده ان يفسخ الخلع ولكن لو اتفقا على فسخه كالتقايل فهذا فيه نزاع آخر[2] .

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٣ .

(٢) جاء في مختلف الشيعة ص ٤٤ وليس عقد النكاح قابلا للتقايل .

الخلع طلاق بائن وينقلب رجعيا

الزيدية :

قال الزيدية ان الخلع طلاق بائن ولكنه ينقلب الى طلاق رجعي اذا اختلت بعض شرائطه .

جاء في البحر الزخار[1] : ان الخلع طلاق بائن عند الزيدية. وصريحه صريح الطلاق.

وقال صاحب الروض النضير[2] : والحجة بأنه طلاق ، حديث ثابت : أقبل الحديقة وطلقها تطليقة . وهو نص في كونه طلاقاً .

وقال صاحب التاج المذهب[3] .

واذا اختل قيد من القيود التي اعتبرت في الخلع بعد أن وقع القبول ونحوه فانه يصبح رجعياً . والأمثلة كثيرة :

١ ـ أن يطلقها بغير عوض سواء كان عقداً أو شرطاً .

٢ ـ أن يكون العوض من غير مال .

٣ ـ أن يكون الخلع بعوض صائر كله الى غير الزوج لا بعضه فيصبح خلعاً بقدر ما صار اليه .

٤ ـ أن يكون العوض من الزوجة وهي غير ناشرة وكان عقداً فيصبح بالقبول رجعياً .

---

(١) البحر الزخار ١٧٩/٣ .

(٢) الروض النضير ٤/ ١٦٦ .

(٣) التاج المذهب ١٩٣/٢ وجاء فيه : هذا بعد تمام اركانه ، ولم يكن ثالثاً ولا قبل الدخول .

وقد أضاف صاحب المنتزع المختار حالتين . :

١ ــ اذا خالعها وهي غير صحيحة التصرف ، فينقلب الخلع رجعياً .

٢ ــ و كذلك اذا كان العوض أي بدل الخلع أكثر من المهر[١] .

هذا هو مذهب الزيدية لم أجد فيه خلافاً ، سوى ما ذكره صاحب الروضة الندية : ان الشوكاني ذهب الى أن الخلع فسخ . ثم ذكر له رأياً آخر ان الخلع طلاق وقال : وهو الصحيح[٢] .

الجعفرية :

الخلع عند الامامية طلاق وليس بفسخ ، وتذكر أكثر كتبهم ذلك دون الاشارة الى أنه بائن أو رجعي ، غير أن الكتب المحققة تشير الى أنه طلاق بائن وينقلب الى طلاق رجعي .

فالخلع اذن طلاق بائن ينقلب رجعياً اذا رجعت المرأة عن بذلها ما دفعته لزوجها بدلا للخلع ، ما دامت في العدة ، ولايجوز رجوع الزوج قبل رجوع الزوجة .

أما من لا عدة لها كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة فلارجوع لها مطلقاً .

اخرج الكليني في الكافي[٣] : اذا قالت المرأة لزوجها جملة لا أطيع لك امــراً ... حل له أن يأخذ منها وليس له عليها رجعة .

وجاء في التهذيب[٤] الخلع تطليقة بائنة وليس فيها رجعة .

وقال في المختصر النافع[٥] لا رجعة للمخالع . نعم لو رجعت البذل رجع ان شاء ، ويشترط رجوعها في العدة ، ثم لا رجوع بعدها . هذا اذا لم يكن الزوج قد تزوج رابعة فانه يحرم عليه مراجعتها .

---

(١) المنتزع المختار ٢/٤٥٠ .

(٢) الروضة الندية ٢/٦١ ذكر الشوكاني في الدرر البهية ، ان الخلع فسخ ، وقد علق على ذلك صاحب الروضة الندية بقوله : قال : وهو فسخ وليس بطلاق . ولكن قال الماتن رحمه الله في حاشيته الشفاء بخلاف ما قال هنا ورجح ان الخلع طلاق وليس بفسخ وهذا هو الحق .

(٣) الكافي ٢/١٢٣ وسنده عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام واخرجه الصدوق في الفقه ص ٣٤٣ .

(٤) التهذيب ٢/٢٧٧ ومروى عن ابي عبد الله عليه السلام وسنده عن زراره ومحمد بن مسلم .

(٥) المختصر النافع ص ٢٢٧ .

وقالوا[1] : ولو علم برجوعها بالبذل ولم يرجع بالطلاق يتحول الطلاق من البائن الى الرجعي .

وفي اللمعة الدمشقية[2] : اذا تم الخلع فلا رجعة للزوج وللزوجة الرجوع في البذل ما دامت في العدة .

وقال صاحب الروضة البهية[3] : هذا اذا كانت ذات عدة أما من لا عدة لها كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة فلا رجوع لها مطلقاً .

وقال : وجواز رجوعه مشروط بتقدم رجوعها .

أما من نقل الأحاديث في التهذيب على أن الخلع خلعة بائنة فيبدو أنه رجع عن قوله أو ان في المسألة قولان :

فقال في مختلف الشيعة[4] وهو يستعرض الآراء المختلفة في المذهب وبقية المذاهب :

المشهور أن للمرأة الرجوع في البذل ما دامت في العدة فاذا رجعت كان للزوج الرجوع في النكاح .

ويقول : فاذا أراد مراجعتها قبل انقضاء العدة اذا لم ترجع هي فيما بذلته أو بعد انقضائها كان ذلك بعقد مستأنف ومهر جديد .

وقال صاحب جواهر الكلام[5] : اذا صح الخلع لم يكن له الرجعة بلا خلاف أحد فيه ، بل الاجماع عليه ... وان شاءت أن يرد اليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت .

وقال في السرائر[6] : ولا رجعة للزوج على المرأة في العدة ، الا أن ترجع فيما بذلته

---

(١) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ١٨٤ .

(٢) اللمعة الدمشقية ١٦٧/٢ .

(٣) الروضة البهية ١٦٧/٢ .

(٤) مختلف الشيعة .

(٥) جواهر الكلام من انفس الكتب المخطوطة لدى الجعفرية وفيه جمع لأقوال المتأخرين والمتقدمين وهو ايضاً ما اعتمدت عليه في بحثي هذا ص ٣٦٢/٥ .

(٦) السرائر ٣٤٩ .

وافتدت به قبل خروجها من العدة فله حينئذ الرجوع في بعضها .

* * *

هذا جملة ما حررته في هذا الموضوع في مذهب الشيعة الامامية وبه تبين لنا أن الخلع عند الامامية طلاق بائن ، للزوجة لا للزوج حق الرجوع فيما بذلته فيصبح الخلع رجعياً فان شاء الزوج راجعها فهي زوجته ما دامت في العدة .

ويبدو لي ان في الأخذ بهذا المذهب تدارك لما أخذناه على مذهب الظاهرية ، من أنه يعطي بيد ويسلب بيد أخرى طالما أن المراجعة بيد الزوج .

ومما قلته هناك ان الزوجة هي التي دفعت العوض للتخلص من زوجها ، فمراجعة الزوج لها تفويت لغرضها المشروع في الخلع . وقلت أيضاً ان الرجعة شرعها الله في الطلاق للزوج ليجرب نفسه فقد يندم فيراجع وهو الذي أقدم على الطلاق .

وهنا يتحقق كل ما ذكرناه هناك فالمراجعة بيد الزوجة فيها كل الأمور التي شرعت في الطلاق للمراجعة . وفيها عدم تفويت فرص الزوجة لأنه تم برضاها لا بارادة الزوج . وفيه أيضاً معنى جميل جداً وهو مساواة المرأة مع الرجل فالرجل يطلق ويراجع والزوجة تخالع وتراجع مع فارق بسيط(٣) ومادام الأمر اجتهادياً فهذا الذي نميل اليه .

---

(٣) في المذهب الحنفي ان الزوجة اذا لامست زوجها او قبلته بشهوة وهي في عدة رجعية تعتبر مراجعة على مذهب الصاحبين .

الخلـع فسخ وليس بطلاق

هو ما ذهب اليه ابن عباس وبه قال طاوس وعكرمة واسحاق وابي ثور . وهو مذهب الحنابلة واحد قولي الشافعي .

الحنابلة :

ينقل بعض المؤلفين على أن في المذهب الحنبلي روايتان في أن الخلع فسخ أم طلاق دون ترجيح بين الروايتين وسبب ذلك أن بعض الكتب لم تشر الى أي الروايتين أصح وهي المذهب ولهذا فاني أسوق بعض النقول التي تبين ان الصحيح هو أن الخلع فسخ لدى الحنابلة [1] .

جاء في الانصاف[2] الصحيح من المذهب : ان الخلع فسخ .

قال في الخلاصة فهو فسخ على الأصح .

وقال في المحرر : وهو الأصح[3] .

أما صاحب المغنى[4] فقد ذكر الروايتين عن أحمد دون أن يرجح بينهما وان كان قدم رواية الفسخ ولكن المذهب الرواية التي ذكرناها وهي أن الخلع فسخ .

وقد ذكر ابن قدامة أقوال من ذهب الى أن الخلع طلاق فقال : لكن ضعّف أحمد الحديث عنهم وقال : ليس في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ .

(١) راجع مذكرات الاستاذ الزفزاف في فقه القرآن والسنة ص ٢٠٧ .
(٢) الانصاف ٣٩٢/٨ .
(٣) المحرر ٤٥/٢ .
(٤) المغني ١٨٥/٨ .

وقال[1] ابن تيمية : الخلع فسخ وهذا ثابت عن ابن عباس باتفاق أهل المعرفة بالحديث .

وقال ابن القيم[2] : أما الخلع فالتحقيق أنه فسخ لا طلاق .

الشافعية :

أحد أقوال الشافعي ان الخلع فسخ ، وان كان الصحيح عندهم هو أنه طلاق . والقول بانه فسخ منسوب الى الشافعي في القديم[3] .

وذهب الى أن الخلع فسخ . الشوكاني في الدرر البهية[4] كما ذكرنا .

* * *

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣١ .
(٢) الدرر البهية ٢/٦١ .
(٣) مغنى المحتاج ٣/٣٦٧ .
(٤) الدرر البهية ٩/٦١ .

ادلة من قال ان الخلع فسخ

١ ــ قوله تعالى[1] : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان . ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا ان يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » . الى أن قال : فان « طلقها فلا تحـــل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

فذكر الطلاق ثم الخلع ثم الطلاق ، أي ذكر الخلع بين تطليقتين وتطليقة بعدها ، فلو كان الخلع طلاقاً لكان في الآية أربع تطليقات . قوله تعالى : « الطلاق مرتان » يفيد طاقتين ، ثم ذكر الخلع بقوله فلا جناح عليهما ثم قال فان طلقها. فلو كان الخلع طلاقاً لكانت الآية مشتملة على أربع تطليقات ، وهذا قطعاً غير صحيح اذن لم يكن بد من أن نعتبر الخلع فسخا وليس بطلاق .

٢ ــ ما روى عن ابن عباس أنه قال : الخلع تفريق وليس بطلاق[2] .

وما رواه ابن جريج عن ابن طاوس قال : كان أبي لا يرى الفداء طلاقاً ويجيزه بينهما .

وما روي عن عمرو بن دينار أنه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول : ما أجازه المرء فليس بطلاق[3] .

٣ ــ ان النبي عليه السلام امر امرأة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة ولو كان طلاقاً ما أمرها بذلك .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٩ .
(٢) راجع تفسير القرطبي ١٤٣/٣
(٣) المحلى ٢٣٧/١٠ .

٤ ـ ان الخلع بين الزوجين يتم بايجاب وقبول بين الزوجين على انهاء عقد الزواج فيما بينهم فهو كالاقالة في البيع بين المتعاقدين . فهو فسخ اذن لا طلاق .

ما يراه استاذنا الخفيف :

يذكر استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف من حجج من قال ان الخلع فسخ وليس بطلاق [١] : اختلاف أثر كل من الطلاق والخلع : ذلك ان الله سبحانه وتعالى قد رتب على الطلاق بعد الدخول اذا لم يكن ثلاثاً : ثلاثة أحكام كلها **منتفية عن الخلع** :

أحدها : ان الزوج أحق فيه بالرجعة ما دامت الزوجة في العدة .

الثاني : أنه محسوب من الثلاث .

الثالث : استتباعه للعدة التي ذكرها الله في كتابه .

وقد ثبت بالنص والاجماع : انه لا رجعة في الخلع . وثبت بالسنة وأقوال الصحابة : ان لا عدة فيه ، وانما تستبرىء المختلعة بحيضة واحدة ، وثبت في النص جوازه بعد طلقتين ووقوع ثالثة بعد حدوثه ، وهذا كله يدل على أنه ليس بطلاق .

هذا النص أتى به ابن القيم[٢] ليدعم مذهب الحنابلة بأن الخلع فسخ وقد وجدته أيضاً في مذكرات استاذنا الجليل الشيخ محمد الزفزاف [٣] .

ملاحظاتنا على ما جاء به ابن القيم وما نقله استاذنا الشيخ علي الخفيف واستاذنا الشيخ محمد الزفزاف :

من القواعد العامة في المناقشات لدعم أية فكرة كانت هو ايراد أدلة مسلّم بها من الطرفين حتى يقنع الطرف الآخر بها . فلا يجوز أن نأتي بحجة لايسلّم بها الخصم ثم نستشهد بها على صحة أقوالنا .

وقد جاء ابن القيم بثلاثة أحكام كلها تختلف عما ذهب اليه الطرف الآخر وذلك ليبرهن على أن الخلع فسخ .

---

(١) فرق الزواج ص ١٨٦ .

(٢) زاد المعاد ٤/٣٦ .

(٣) مذكرات في فقه القرآن والسنة ص ٢٠٩ .

يقول : ان الزوج يملك الرجعة في الطلاق ولا يملكها في الخلع فدل على أن الخلع فسخ وليس بطلاق ، ويدعم رأيه هذا بأنه قد ثبت بالنص والاجماع أنه لا رجعة في الخلع .

فنقول له : ان ابن حزم قال ان للزوج حق المراجعة في الخلع فلم يثبت الاجماع وخاصة ان ابن القيم متأخر عن ابن حزم فالخلاف في هذا الذي قال عنه اجماع قائم قبل عصره .

٢ ـ وقوله ان الطلاق محسوب من الثلاث والخلع غير محسوب فدل على أنه فسخ ، هذا تسليم بالنتيجة قبل المناقشة فلو كان محسوباً من الثلاث لما كان هناك مجال للخلاف .

ولو صح ما قاله ابن القيم ان هذا ثابت بالسنة وأقوال الصحابة لم ينازعه في ذلك منازع .

٣ ـ وقوله ان غدة المختلعة حيضه فهذا قول من قال أنه فسخ ولا يصلح دليلا ولا برهانا على أنه فسخ لا طلاق . لأن الطرف الآخر غير مسلم به ولو كان مسلما به فلا مجال للاختلاف .

بل ان الامام أحمد وهو القائل بأن الخلع فسخ قال ان عدة المختلعة ثلاث حيض كما نقل عنه ابن حجر وغيره[1] .

مناقشة من قال ان الخلع فسخ ومن قال انه طلاق

ان الادلة التي استدل بها الطرفان هي القرآن والسنة وآراء الصحابة .

اما القرآن :

فقد قال من ذهب الى أن الخلع فسخ أن آية : « الطلاق مرتان . دلت على أن الخلع فسخ وليس بطلاق لأنه لو كان طلاقا لدلت الآية على أربع طلقات وهذا غير معقول .

وقال الآخرون ان قوله تعالى « الطلاق مرتان » افاد حكم الاثنتين اذا أوقعهما على غير وجه الخلع ، أي اذا طلق الرجل مرتين ، جاز له أن يراجع أثر كل تطليقة . ثم ذكر

---

(١) الفتح الباري ٣٣١/٩ .

القرآن حكم الطلقتين أيضاً على وجه الخلع وأبان عن اباحة أخذ المال من الزوجة ، ثم عطف على ذلك قوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فعاد الى الاثنتين معا المتقدم ذكرهما على وجه الخلع تارة ، وعلى غير وجه الخلع تارة[1] .

فقوله تعالى : « الطلاق مرتان » افاد حكم الطلاق بدون عوض ، ثم أفاد حكم الطلاق بعوض ، وأخيراً قال : « فان طلقها ... » فهذه الطلقة الثالثة اما بعد الطلقتين او بعد الخلعين .

واما السنة :

فقد احتج كل فريق بروايات مختلفة ، فبعضها يدل على أن الخلع فسخ ، وبعضها يدل على أنه طلاق . والذي أراه أن أكثر الروايات التي جاءت عن رسول الله ﷺ ليس فيها صراحة لفظ الطلاق الا ما ندر منها وأكثرها بألفاظ : فارقها . خلّ سبيلها . ففرق بينهما .

وأما قولهم بأن عدة المختلعة حيضة واحدة فالخلع اذن فسخ ، فلا دلالة فيه أيضاً لأن الشارع الذي جعل عدة المطلقة ثلاث حيض بنص القرآن يجوز أن يجعل عدة المختلعة حيضة واحدة بالسنة الكريمة وتكون السنة خصصت عموم آية : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ».

قال صاحب الروضة [2] : « لا ملازمة بين الاعتداد بحيضة وبين الفسخ بل اذا ورد في بعض المطلقات ما يدل على مخالفة عدتهن لعدة سائر المطلقات المصرح بها في القرآن كان ذلك مخصصاً لعموم العدة » .

ويبدو لي ان صحت الروايات على ان عدة المختلعة حيضة ، والروايات صحيحة — فانها حكمة المشرع البالغة التي فرقت بين من يطلقها زوجها فأعطته فرصة لمراجعة نفسه مدة ثلاثة قروء لعله يندم فيراجع زوجته فجعلت عدة المختلعة حيضة وا حدة لبراءة رحمها

---

(١) فقه القرآن والسنة للشيخ علي قراعة .

(٢) الروضة الندية ٢/١٦ .

حبث لا فائدة من اطالة العدة ولأنه لا رجعة للزوج .

وأما فتاوى الصحابة :

فقد افتى الصحابة كل حسب اجتهاده ولا حجة في فتوى احدهما على الآخر حتى نرجح فتواه ، وكذلك اختلف التابعون فيما بعد .

الاقالة :

وأما قولهم ان الخلع كالاقالة فهو فسخ اذن لا طلاق فلو كان هذا صحيحاً لما جاز الخلع الا بالمهر الذي تزوجها عليه مع ان الخلع يجوز على أقل منه وعلى أكثر ويجوز بدون مال فدّل على أنه طلاق لا فسخ [1] .

هل ينقلب الخلع الى طلاق اذا تغيرت صيغته .

قلنا ان الصحيح عند الحنابلة ومذهب ابن عباس وأبي ثور على أن الخلع فسخ ، ولكن اذا نوى الطلاق او كان الخلع بلفظ الطلاق فهل يبقى الخلع فسخاً أم يصبح طلاقاً ؟ ...

قال ابو ثور[2] : ان كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق . واذا لم يسم الطلاق فالخلع فرقة وليس بطلاق .

وذكر ابن حجر[3] : ان الخلاف اذا لم يقع الخلع بلفظ الطلاق ولا بنيته .

وقال في مغني المحتاج[4] : وخرج بلفظ الخلع الفرقة بلفظ الطلاق اذا كان بعوض فانه يكون طلاقاً قطعاً ، وكذا ان قصد بلفظ الخلع الطلاق ، واقترن بلفظ الخلع طلاق

---

(١) احكام القرآن للجصاص ١/٤٦٨ .
(٢) تفسير القرطبي ٣/١٤٣ .
(٣) فتح الباري ٩/٣٣١ .
(٤) مغنى المحتاج ٣/٢٦٧ .

كخالعتك على طلقة بألف .

وفي الروض النضير[1] : ان كان بلفظ الطلاق فهو طلاق وان كان بلفظ المفاداة فهو فسخ .

وقال ابن قدامة في المغني :

هذا الخلاف فيما اذا خالعها بغير لفظ الطلاق أو لم ينوه ، فأما أن بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وان وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداة و نحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضاً لأنهُ كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقاً كما لو كان بغير عوض ، فان لم ينوبه الطلاق فهو الذي فيه الروايتان[2] .

أي أنه لا خلاف في أن الخلع يكون طلاقاً في حالتين :

١ ــ اذا نوى به الطلاق .   ٢ ــ اذا كان بلفظ الطلاق .

وما عدا ذلك أي الخلع بغير لفظ الطلاق أو بدون نية الطلاق ففيه الخلاف بين الفسخ والطلاق .

ملاحظاتنا على ما جاء في هذا النص :

ليس الأمر لا اختلاف فيه كما ذكر ابن قدامة ، وان كان هو الصحيح من المذهب ، ولكن هناك من الحنابلة من لم يفرق في اللفظ ولا في النية بل كل خلع تم بين الزوجين بأي لفظ كان فهو فسخ لا طلاق . وسندهم عدا عن القواعد العامة التي تقول ان العبرة بالعقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، ان هناك رواية عن أحمد ابن حنبل تقول بعدم التفرقة[3] .

---

(١) الروض النضير ١٦٧/٤ .

(٢) المغني ١٨٠/٨ .

(٣) يقول الاستاذ الخفيف في فرق الزواج ص ١٨٠ اتفق جميع الفقهاء ــ عدا أباثور ــ على ان الفرقة إذا حدثت بلفظ من الألفاظ المشتقة من مادة الطلاق او بلفظ آخر يدل على الفرقة ولا يفيد معنى الخلع وكانت نظير عوض فان الواقع بها يكون طلاقاً بائناً .

قال ابن تيمية في فتاويه[1] : ثم تنازع اصحاب القول بالفسخ : هل يشترط ان يكون الخلع بغير لفظ الطلاق او لا يكون الا بلفظ الخلع والمفاداة . ويشترط مع ذلك ان لا ينوي الطلاق .

و'لا فرق بين أن ينويه أو لا ينويه وهو خلع (لعل الصواب فسخ) بأي لفظ وقع بلفظ الطلاق أو غيره على أوجه في مذهب احمد وغيره ، أصحها الذي دل عليه كلام ابن عباس وأصحابه وأحمد بن حنبل وهو الوجه الأخير وهو : ان الخلع هو الفرقة بعوض ، فمتى فارقها بعوض فهي مفتدية لنفسها به ، وهو خالع لها بأي لفظ كان ولم ينقل أحد قط لا عن ابن عباس وأصحابه ولا عن احمد بن حنبل انهم فرقوا بين الخلع بلفظ الطلاق وبين غيره ، بل كلامهم لفظه ومعناه يتناول الجميع[2] .

ويقول : لكن تنازع أهل هذا القول هل يختلف الحكم باختلاف الالفاظ والصحيح : ان المعنى اذا كان واحدا فالاعتبار بأي لفظ وقع ذلك لان الاعتبار بمقاصد المعقود وحقائقها لا باللفظ وحده فما كان خلعا فهو خلع بأي لفظ كان ، وما كان طلاقاً فهو طلاق بأي لفظ كان ، وما كان يميناً فهو يمين بأي لفظ كان ، وما كان ايلاء فهو ايلاء بأي لفظ كان وما كان ظهارا فهو ظهار بأي لفظ كان .

مناقشة ابن تيمية فيما ذهب اليه :

هذا ما جاء في فتاوى ابن تيمية ، وفيه نرى أن ابن تيمية ينكر من يقول ان الامام احمد فرق بين الحالين في الخلع بصورة جازمة لانه لم ينقل قط عن احمد هذه التفرقة .

ولكني بالرجوع الى كتاب الانصاف — وهو مؤلف متأخر في عصر ابن قدامة وابن تيمية — وجدت ان الأمر لا كما ذهب اليه ابن قدامة بقوله : لا خلاف في أن

(١) فتاوى ابن تيمية ٣٢/٣ .

(٢) قال ابن تيمية : والشافعي لما ذكر القولين في الخلع هل هو طلاق ام لا قال : واحسب الذين قالوا هو فسخ (في النسخة المطبوعة طلاق وهو خطأ فلتصحح) هو فيما اذا كان بغير لفظ الطلاق . ولهذا ذكر محمد بن نصر والطحاوي ان هذا لا نزاع فيه . والشافعي لم يحك عن احد هذا بل ظن انهم يفرقون ، وهذا بناه الشافعي على ان العقود وان كان معناها واحداً فان حكمها يختلف باختلاف الألفاظ وفي مذهبه نزاع في الاصل . واما احمد بن حنبل فان اصوله ونصوصه وقول اصحابه : ان الاعتبار في العقود بمعانيها لا بالالفاظ وفي مذهبه قول آخر انه تختلف الاحكام باختلاف الالفاظ .

الخلع بلفظ الطلاق ، طلاق . ولا كما قال ابن تيمية : أنه لا خلاف في أن الخلع بأي لفظ كان فهو فسخ .

قال في الانصاف [١] :

من شرط وقوع الخلع فسخاً : أن لا ينوي به الطلاق .

فان نوى به الطلاق وقع طلاقاً على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه (عن الامام احمد) هو فسخ ولو نوى به الطلاق . اختاره الشيخ تقي الدين (ابن تيمية) . فان اوقعه بصريح الطلاق : كان طلاقاً . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : هو فسخ ، ولو اتى بصريح الطلاق أيضاً اذا كان بعوض . واختاره الشيخ تقي الدين .

وقال في الفروع [٢] : وهو بصريح طلاق أو بنيته طلاق بائن . وعنه مطلقاً . وقيل عكسه . قال شيخنا (ابن تيمية) وعليه دل كلام أحمد وقدماء أصحابه .

ومراده بذلك ما قال عبد الله : رأيت أبي كان يذهب الى قول ابن عباس . وابن عباس قد صح أنه قال « ما أجازه المال فليس بطلاق » وصح عنه « أن الخلع تفريق وليس بطلاق » . وعنه : أنه بصريح الخلع فسخ لا ينقص عدد أو عكس بنية الطلاق .

ونحن نميل الى ما ذهب اليه ابن تيمية وهو ان الخلع بأي لفظ وقع يجب ألا يصرفه عن حقيقته فان كان الخلع طلاقاً فيجب ألا يتغير بتغير الألفاظ ، واذا كان فسخاً فيجب أيضاً أن يكون كذلك . وبما أننا نميل الى أن الخلع فسخ فاننا نقول لا عبرة بالألفاظ فالخلع فسخ بأي شكل كان .

والخلاصة فان الخلع هل هو فسخ أم طلاق هو موضوع اجتهاد ليس من السهل ترجيح أدلة أحد الطرفين على الآخر لقوة جميع الأدلة غير أننا نرجح الرأي القائل بأن الخلع فسخ للأسباب التالية والتي سنبحثها في بيان رأينا في آثار الخلع :

---

(١) الانصاف ٣٩٣/٨ .

(٢) الفروع ١٥٨/٣ .

رأينا في آثار الخلـع

١ ــ إن الطلاق حق ينفرد به الرجل لأن الله أعطاه للزوج لعموم آيات القرآن الكريم ولقوله عليه السلام « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » .

بينما نجد الخلع عبارة عن عقد فيه ايجاب وقبول ، ويشترط فيه التراضي بـين الزوجين على بدل معلوم . أما الطلاق فهو من الاسقاطات التي تقع بارادة منفردة فخالف الخلع الطلاق بهذا الأمر .

ثم قد يكون الخلع بيد الحكمين نتيجة قرارهما فيحكم القاضي بالفرقة بناء على أنه لم يعد هناك من أمل لعودة الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة . وهذه حالة أخرى تخالف الطلاق الذي لا شريك للرجل فيه .

٢ ــ ثم ان الاصل في الطلاق أن يكون رجعياً ، بل كل الطلاق رجعي الا ما كان قبل الدخول وما كان مكملاً للثلاث ــ وهذا مذهب الظاهرية ــ وهم على حق بذلك وأقرب الآراء الى القرآن الكريم بل هذا هو الطلاق الذي ذكره القرآن .

وفي اعتبار الخلع طلاقاً رجعياً ، تنافياً مع الغرض المقصود منه اذ تخالع الزوجة اليوم أو يصدر الحكمان قرارهما أو القاضي حكمه بالتفريق اليوم فيأتي الزوج باليوم التالي فيراجع زوجته ، وهذا مما يتنافى مع حكمة مشروعية الخلع .

٣ ــ اذا اعتبرنا الخلع فسخاً كان في هذا حسماً للخلاف حول تكييف الخلع الفقهي ، اذ يعتبر حينئذ معاوضة محضة من الجانبين ، وفي هذا تسهيل كبير في أحكام الخلع ، الذي اعتبرها الفقهاء يمينا من طرف ومعاوضة من طرف آخر .

٤ ــ ان في اعتبار الخلع فسخاً توسعة لعدد الطلقات التي يملكها الرجل فقد يعود

الزوجان الى حياتهما المشتركة بعقد جديد ومهر جديد ، وقد تكون هذه الفرقة قد سبقها طلاقان فاذا كان الخلع طلاقاً كان تلك الفرقة الطلقة الثالثة أما لو كان فسخاً لجاز رجوع الزوجين الى بعضهما . وهذا أقرب الى المصلحة ، وما كان أقرب الى المصلحة كـان أقرب لروح الشرع وحكمته .

٥ — إن في اعتبار الخلع فسخاً قضاء على تعدد الطلقات في العدة على رأي المذاهب التي تبيح ايقاع الطلاق في العدة . أما في الفسخ فلا يجوز ذلك . وهذا ارفق بالزوجة وأبعد ضرراً عنها .

٦ — وأخيراً نرجح أن يكون الخلع فسخاً لنمنع أي شخص من أن يتدخل بين زوجين فيفرق بينهما عن طريق المخالعة اذا دفع للزوج مبلغاً من المال ليطلق زوجته كما أجازت ذلك أكثر المذاهب التي اعتبرت الخلع طلاقاً وهي الاحناف والشافعية وبعض الزيدية ، لأن بعضهم منع خلع الاجنبي . أما في اعتباره فسخاً فلا يجوز الفسخ من أجنبي .

الآثار التي تترتب على اعتبار الخلع فسخاً او طلاقاً :

الفرق بين الفسخ والطلاق :

١ — اذا اعتبرنا الخلع طلاقاً حسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج أما ان كان فسخاً فلا يحسب . فمن طلق مرتين وخالع فان كان الخلع طلاقاً لم يعد يملك الرجوع الى زوجته حتى تنكح زوجا غيره . أما لو كان الخلع فسخا فيمكن أن يعود الى زوجته بعقد جديد[1] .

٢ — اذا كان الخلع طـلاقاً كان للزوج أن يعدد أكثر من طلقة فيقع ما عدده على رأي من يجيز تعدد الطلقات أما لو كان للخلع فسخاً فهو طلقة واحدة ولو نوى أكثر

---

(١) سألني طالب في كلية الحقوق بجامعة القاهرة احاله الي الدكتور مدكور عن رجل طلق امرأته مرتين في وقتين مختلفين بينهما مراجعة ثم خالعها فهل يجوز ان يعود إليها بدون ان تتزوج بآخر ؟ .. فأجبته ان الخلع فسخ لا يحسب من الطلقات ولتعد اليه زوجته بعقد جديد ولينقذها من المحلل والتحليل .
وهذه الفتوى على خلاف ما عليه العمل في الجمهورية العربية المتحدة وذلك على قول الفقهاء الذين رجحوا ان الخلع فسخ وليس بطلاق .

من واحدة[1] .

٣ ـ من قال ان الخلع طلاق فعدته عدة الطلاق ومن قال أنه فسخ قال ان عدة المختلعة حيضة واحدة . الا ما روى عن احمد ان عدة المختلعة عدة المطلقة مع ان الصحيح في مذهبه أن الخلع فسخ .

هذا هو أثر المخالعة بين الزوجين حيث تم الفرقة بينهما طلاقاً أو فسخاً على الخلاف الذي ذكرناه[2] .

---

(١) جاء في البحر الرائق ٨٠/٤ لو قال لها قد خلعتك عن ألف ثلاث مرات فقبلت وقع طلاقا ثلاثا . وجاء في شرح الدردير ٤٢٠/٢ انه لو قالت له طلقني واحدة بالف فطلقها ثلاث فتلزمها الألف لحصول غرضها وزيادة .

الا ان الدسوقي نقل عن ابن عرفة ٤٢١/٢ : الذي استظهره ابن عرفة رجوعها عليه بما اعطته .

(٢) الاثر الثاني : اسقاط الحقوق الزوجية : اذا تم الخلع بين الزوجين واستحق الزوج العوض المتفق عليه في العقد . قال ابو حنيفة : يسقط بالخلع كل حق لأحد الزوجين على الآخر ترتب بسبب عقد الزواج من صداق مؤجل أو نفقة ماضية لان الخلع انما شرع لقطع كل علاقة مالية او غير مالية بين الزوجين .
أما أبو يوسف فقال اذا كان الخلع بلفظ المبارأة فالحكم كذلك لان المبارأة تفيد المخالعة بين الزوجين اما اذا تم بلفظ الخلع فلا يسقط شيء من الحقوق الزوجية .
ويقول أبو حنيفـــة ان الطلاق على مال بلفظ الخلع لا تسقط به حقوق الزوجية بل يستحق ما سماه فقط . المبسوط ١٧٢/٦ فتح القدير ٢٠٠/٣ .

ويرى محمد وبقية فقهاء المذاهب ان الحقوق الزوجية ثابتة ولا يزيلها الخلع لانه عقد تم بايجاب وقبول على مبلغ معين فلا يتعدى رضا الطرفين ما اتفقا عليه فالزوج يستحق بدل الخلع فقط . ولكل منهما على الآخر حقوقه كاملة لأنه لم ينص عليها في عقد الخلع .

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في مصر على مذهب محمد والجمهور حيث اعتبر النفقة ديناً ثابتاً في ذمة الزوج لا يسقط الا بالاداء او الابراء .

المبحث الرابع

اذا طلبت الزوجة المخالعة من زوجها
فهل يجب عليه ان يلبي طلبها فيطلقها ؟ ...

قال جمهور الفقهاء لا يجب على الزوج ان يجيب زوجته الى ما تطلبه من مخالعة غير أنه يندب اليه ذلك .

وقال بعضهم يجب عليه أن يلبي طلب زوجته فيطلقها .

قال عمر بن الخطاب[1] كما جاء في سنن البيهقي [2] :

اذا أراد النساء الخلع فلا تكفروهن .

وقال عطاء بن أبي رباح[3] : يحل الخلع والأخذ أن تقول المرأة لزوجها اني أكرهك ولا احبك .

وقال الطبري[4] : غير اني أختار للرجل استحبابا لا تحتيما اذا تبين من امرأته ان افتداءها منه لغير معصية الله بل خوفا منها على دينها ، أن يفارقها بغير فدية ولا جعل .

---

(١) عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي . ثاني الخلفاء الراشدين واول من لقب بأمير المؤمنين . كان في الجاهلية من ابطال قريش وأشرافهم . اسلم قبل الهجرة بخمس سنين بويع الخلافة يوم وفاة أبي بكر (سنة ١١ هـ) وفي ايامه تم فتح الشام والعراق وافتتحت القدس والمدائن ومصر والجزيرة وهو اول من دون الدواوين في الاسلام . واستشهد على يد ابو لؤلؤة فيروز الفارسي غيلة فعاش بعد الطعنة ثلاث ليال . الاعلام للزركلي ٧١٤/٢ ط ١٩٢٧ . اشتهر مشاهير الاسلام ١٨٥/٢ .

(٢) سنن البيهقي ٣١٣/٧ .

(٣) تفسير القرطبي ١٣٨/٣ .

(٤) تفسير الطبري ٥٨٠/٤ .

ونقل الطبري عن بعض المفسرين لقوله تعالى[1] إلا ان يخافا الا يقيما حدود الله ... قال : الخوف ان تقول له انها له كارهة .

جاء في كشاف القناع[2] :

اذا كرهت المرأة زوجها لخلقه اوخلقه أو كرهته لنقص دينه أو لكرهه أو ضعفه او نحو ذلك وخافت إثماً بترك حقه ، فيباح لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه لقوله تعالى : « فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » .

ويسن له اجابتها ... الا أن يكون الزوج له اليها ميل ومحبة فيستحب صبرها وعدم افتدائها .

قال احمد : ينبغي ان لا تختلع منه وان تصبر .

قال القاضي قول احمد ينبغي لها أن تصبر على سبيل الاستحباب والاختيار ، ولم يرد بهذا الكراهة لأنه قد نص على جوازه في غير موضع[3] .

وقال في المغنى[4] : ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة الى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

وجاء في الانصاف[5] : واذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حقه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه . فيباح للزوجة ذلك والحالة هذه ــ على الصحيح من المذهب ــ وعليه أكثر الاصحاب . وجزم الحلواني بالاستحباب وأما الزوج فالصحيح من المذهب : أنه يستحب له الاجابة اليه . وعليه الاصحاب .

واختلف كلام الشيخ تقي الدين في وجوب الاجابة اليه والزم به بعض حكام الشام المقادسة الفضلاء .

---

(١) المصدر السابق ٥٥٧/٤ .
(٢) كشاف القناع ١٦٧/٥ .
(٣) اطلت في نقل هذا النص لتأييد ما سبق ان استظهرته أن الخلع يختلف حكمه ان كان بناء على طلب الزوجة ام الزوج من حيث الكراهية او الاستحباب .
(٤) المغني ٢٣٥/٨ .
(٥) الانصاف ٣٨٢/٨ .

وجاء في فتاوي ابن تيمية : والمرأة اذا بغضت الرجل كان لها أن تفتدي نفسها منه[1] .

وقال بعض الائمة في المذهب الجعفري : اذا طلبت الزوجة من زوجها ان يخالعها فيجب عليه تلبية طلبها وجوباً اذا تحقق موضوع الخلع وشرعيته .

جاء في السرائر [2] :

وقال شيخنا ابو جعفر في نهايته : **وانما يجب الخلع اذا قالت المرأة لزوجها ، اني لا أطيع لك أمراً ولا اغتسل لك من جنابة ، ولأوطئن فراشك من تكرهه ان لم تطلقني ، فمتى سمع منها هذا القول او علم منها عصيانه في شيء من ذلك وان لم تنطق به وجب عليه خلعهـــا .**

وقال محمد بن ادريس تلميذ أبي جعفر : قوله وجب عليه خلعها على طريق تأكيد الاستحباب دون الفرض والايجاب ، لأن الشيء اذا كان عندهم شديد الاستحباب اتو به بلفظ الوجوب[3] .

وقال صاحب جواهر الكلام أنه يوجد رواية في المذهب الجعفري تقول بالوجوب ، ذكرها صاحب شرائع الاسلام ولكنه لم يعثر عليها .

وقال[4] : حكى محمد الشيخ وأبو الصباح وابن البراج وابن زهرة وجوب الخلع عند تحقق موضوعه .

وقد علل العلامة الحلي ما ذهب اليه الشيخ أبو جعفر فقال في كتاب مختلف الشيعة

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣١/٣ .

(٢) السرائر ص ٣٥٠ .

(٣) اتيت برأي محمد بن ادريس للامانة العلمية التي التزمتها في بحثي وقد كان من السهل علي والكتاب من نوادر المخطوطات ان لا أشير الى رأي يخالف رأياً أرجحه ولكن شرع الله فوق الآراء .

(٤) جواهر الكلام ص ٣٥٠/٥ وعلق صاحب الجواهر على رأي ابي جعفر بأنه ضعيف لمنافاته اصول المذهب .

بعد أن ذكر آراء من قال بالوجوب : « واحتج بأن النهي عن المنكر واجب وانما يتم بهذا الخلع فيجب[1] » .

ما نراه في هذا الموضوع :

من هذه النصوص التي نقلناها عن مختلف الفقهاء نرى ان اجابة الزوج طلب زوجته بالمخالعة ، أمر مختلف في وجوبه ، فبعض الفقهاء قال : يندب الى ذلك . وبعضهم قال بالوجوب . ومنهم من أشار الى ذلك إشارة خفيفة .

وعلى كل حال فان اجابة الزوج زوجته بالمخالعة أمر مأمور به . ولكن صفة هذا الأمر مختلف فيها بين الندب والوجوب .

والذي أراه في هذا الموضوع ، وأنا أنظر الى المبادىء العامة وروح التشريع الاسلامي في نظام الزواج ، القائم على حرية الاختيار المطلق ، وعلى ما منحه المشرع للزوجة من طلب التفريق للشقاق والضرر ، ومع ما يجوز لها أن تطلق نفسها اذا ما شرطت ذلك حين العقد ، أو فوض الزوج اليها هذا الأمر بعد ذلك .

أقول وأنا أنظر الى موضوع الزواج على أنه عش سعيد يضم زوجاً وزوجة ، ضمن لهما الاسلام كل وسائل الاستقرار والسعادة والهناء .

اذا فشل الزواج واستحال العيش الكريم في هذا البيت وأصبح جحيماً لا يطاق ، **فاني لا أجد الا القول بان الزوجة اذا طلبت المخالعة من زوجها واصرت على ذلك – رغم محاولات الاصلاح والتوفيق – فيجب على الزوج اجابة طلبها كما في حادثة ثابت بن قيس .**

ما يرد من اعتراضات على ان الخلع واجب اذا ما طلبته الزوجة :

واني أفترض عدة اعتراضات على هذا الرأي وأجيب عليها لعل فيها القاء ضوء على هذا الموضوع .

١ – ان أمر النبي عليه السلام في خلع امرأة ثابت بن قيس كان أمر ندب واستحباب لا أمر وجوب .

---

(١) مختلف الشيعة ص ٤٣ « كتاب مختلف الشيعة في احكام الشريعة للامام حسن بن يوسف بن مظهر المشتهر بالعلامة الحلي .

٢ ـ ان عمل النبي كان بصفته ولي أمر المسلمين لا بصفته مشرعاً ومعنى ذلك أنه ليس له صفة الدوام .

٣ ـ قد يكون سبب طلاق ثابت هو خوفه من رسول الله واطاعة لأمره خشيــة مخالفته .

* * *

١ ـ أما عن الأمر الأول فقد قال أكثر الاصوليين ان الأمر للوجوب . وفي قصة ثابت ان النبي عليه السلام أمره أن يطلقها ففعل .

قال ابن حجر [(١)] : « وهو أمر ارشاد واصلاح لا ايجاب » .

وقد تعقبه الشوكاني فقال : « لم يذكر ابن حجر ما يدل على صرف الأمر عــن حقيقته[(٢)] .

بل اني أقول لو كان الأمر أمر ندب راستحباب ، هل كان ثابت يطلق زوجتــه وهو الذي ذكرت الروايات العديدة عنه انه كان يحبها حبا جما ؟ .. فكيف بمن يحب زوجته هذا الحب يفارقها وله في الأمر خيار ، لو عرف ثابت ان أمر النبي كان للندب والاستحباب لما طلق زوجته .

وهناك أكثر من هذا ففي رواية الدارقطني باسناد صحيح ورواه الشوكاني في نيل الاوطار أن النبي عليه السلام حينما شكت اليه زوجة ثابت ما تعانيه من زوجها فــرق بينهما وثابت في بيته ولما بلغه الخبر قال : رضيت بقضاء رسول الله [(٣)] .

* * *

٢ ـ وأما الأمر الثاني فهو حكم النبي عليه السلام بالتفريق هل كان هذا بصفتــه مشرعاً ، أم بصفته ولي أمر المسلمين ، فان كان الاول فهو تشريع دائم لكل من طلبت زوجته الخلع ، فعليه أن يطلقها . وان كان الثاني فهذا يخضع لتقدير القاضي او الخليفة

---

(١) الفتح الباري ٩/٣٢٩ .

(٢) نيل الاوطار ٦/٢٤٨ .

(٣) نيل الاوطار ٦/٢٤٧ .

لما يراه في من يطلب المخالعة هل يفرق أم يصلح بينهما ؟ ..

ان عمل النبي عليه السلام الاصل فيه أنه تشريع فكل ما يقضي به ويقوله ويفعله هو تشريع ، الا ما قام الدليل على خلاف ذلك . وهنا لا دليل يصرفه عن صفة التشريع .

ودليلنا على أنه تشريع اجماع الفقهاء على ان احد مصدري الخلع هو هذه الحادثة التي طلق فيها ثابت زوجته بعد ان أمره رسول الله بذلك وما جاء في القرآن لم يكن فيه من التفصيل ما في هذا الحديث فأحكام الكراهية وعدم أخذ أكثر مما أعطاها وغيرها من الأحكام كلها أخذها الفقهاء من هذه الحادثة فعمل النبي عليه السلام كان تشريعاً له صفة الدوام والاستمرار .

٣ ـ واما ان طلاق ثابت كان خوفاً من مخالفة أمر النبي عليه السلام أو كان طاعة واجابة لرغبته ففي هذا يجب أن نبحث في حياة الصحابة رضوان الله عليهم هل كانوا يناقشون الرسول الكريم فيما يأمرهم به وفيما يفعله فما كان من عند الله نفذوه دون تأخير وان كان أمور الدنيا ناقشوه فيه . أم انهم كانوا يخافون أوامره فينفذونها دون أي اعتراض

اذا صح ان أوامر النبي وأفعاله كانت تنفذ دائماً دون أي اعتراض من أحد لئلا يناله من السخط والعقوبة ما يناله نقول حينئذ ان ثابتاً طلق زوجته لما أمره رسول الله تنفيذاً لأمره الذي لا مرد له ولا مخالف .

اما اذا صح ان الصحابة كانوا يناقشون النبي الكريم فيما يأمرهم به ، فما كان تشريعاً من عند الله نفذوه ، وما كان من أمور الدنيا أو مما لهم فيه الخيار ابدوا رأيهم صريحاً فيه فاما فعلوه وأما تركوه . ورأينا بعد هذا ان ثابتاً طلق دون تردد خلافاً لارادته حيث كان يحب زوجته ، نقول انه طلق وهو يعلم ان أمر النبي عليه السلام من أمر الله وهو تشريع في هذه الحالة لا يجوز له ان يخالفه فيه وليس له خيار فيما أمر به .

اذا رجعنا الى تاريخ السيرة النبوية ، لوجدنا حوادث كثيرة لا تحصى كان الصحابة يناقشون فيها رسول الله فما كان من أمور دنياهم ناقشوه فيه وما كان من أمور دينهم نفذوه دون مناقشة .

فقصة تأبير النخل حينما مر عليه السلام على قوم يؤبرون النخل فأشار عليهم خلاف ما الفوه وما يجب أن يكون عليه فقالوا له : أمن عند الله ؟ ... قال لا ... فقالوا له ما هو

الأصلح لهذا العمل فقال لهم عليه السلام : أنتم أعلم بأمور دنياكم .

وحينما أمر عليه السلام أن ينزل الصحابة في غزوة بدر في مكان بعيد عن الماء قالوا له أمنزل أنزلك الله اياه يا رسول الله أم هو الحرب والرأي ، فقال لهم بل هو الرأي فأشاروا عليه بالنزول في مكان قريب قرب بئر بدر فنزلوا فيه .

ووجه الاستدلال في هذه الحوادث واضح صريح ، ان الصحابة كانوا يفرقون في أوامر النبي عليه السلام ما كان لهم فيه الخيار وما لم يكن لهم فيه الخيار .

وفي موضوع بحثنا هذا رأيت حديثاً في صحيح البخاري نستأنس به على أن الرجل أو المرأة كانت تناقش رسول الله فيما يأمرها به وليس الطلاق من الأمور اليسيرة والسهلة التي اذا طلب من أحد الناس أن يطلق امرأته فعل دون أن يسأل عن السبب ويدافع عن وجهة نظره .

عن عكرمة عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث كأني أنظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس : يا عباس الا تعجب من حب مغيث بريرة ومن بغض بريرة مغيثاً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لو راجعته . قالت يا رسول الله أتأمرني : قال انما أنا أشفع . قالت فلا حاجة لي فيه[1] .

وهذا دليل جديد على ان الناس كلهم كانوا يناقشون ويجادلون فيما لهم فيه الخيار ، فلو كان ثابت بن قيس يعلم ان أمر النبي عليه السلام أمر ندب واستحباب ، وان له فيه الخيار من أمره ألم يكن من السهل المستطاع لديه ان يقول له يا رسول الله اني احبها ولا أطلقها .

والذي يبدو من حادثة ثابت وحادثة بريرة أمر ظهر لي في أثناء مقارنتهما ففي حادثة ثابت قال له عليه السلام : طلقها . وفي حادثة بريرة قال لها : لو راجعته . والفرق واضح. فحين كان لبريرة الخيار لم يأمرها بصيغة الأمر بل قال لها لو راجعته . وحين كان لا خيار

(١) وقصة بريرة انها كانت أمة عند السيدة عائشة فاعتقتها ، وكانت متزوجة من عبد اسمه مغيث ، ولما اعتقت اختارت نفسها بموجب خيار العتق ففارقت زوجها .

لثابت فيما أمره به قال له طلقها بصفة الأمر .

بل أستطيع أن أقول ان ثابت طلق زوجته لأنه يعلم أن النبي عليه السلام يأمره باحكام الخلع وهي واجبه . وبريرة لم تراجع زوجها لأنها تعلم أحكام خيار المعتقة وان لها الخيار فيما تفعل .

وحرية الرأي والمناقشة لولي الأمر لا تحتاج الى بيان في تاريخنا التشريعي . ومن قرأ تاريخ عمر بن الخطاب يرى كيف ان ضعاف النساء كنّ يناقشنه بكل جرأة وهو على المنبر .

وفي موضوع الطلاق فاني أشير الى قصة ذي الرقعتين فانها مشهورة في عهد عمر اذ قالت له زوجته : اذا قال لك عمر : طلق امرأتك . فقل لا والله لا أطلقها . فانه لا يكرهك [1] .

من الناحية الواقعية :

ثم نحن اذا عالجنا الموضوع من ناحية واقعية نجد أن الله شرع الزواج ليحقق هدفاً في هذه الحياة قال الله تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة) . وقال النبي الكريم :

« يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فاني مباهى بكم الامم يوم القيامة ».

---

(١) روى ابوحفص باسناده عن محمد بن سيرين قال : قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه ازار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئاً ، فبينما هو كذلك اذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها ثلاثاً فقال : هل لك ان تعطي ذا الرقعتين شيئاً ويحلك لي ؟ .. قالت نعم ان شئت ، فاخبروه بذلك . قال نعم فتزوجها فدخل بها فلما اصبحت دخل اخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار وقال يا ويله غلب على امرأته ، فاتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتي . فقال من غلبك ؟ . قال ذو الرقعتين قال ارسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة : كيف موضعك من قومك ؟.. قال ليس بموضعي بأس . قالت ان امير المؤمنين يقول لك : طلق امرأتك فقل لا والله لا اطلقها ، فانه لا يكرهك ، فألبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين . فدخل عليه . فقال اتطلق امرأتك ؟ قال لا والله لا اطلقها قال عمر : لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط .

فالزواج في الاسلام شرع ليحقق المودة والرحمة والتناسل وبهذا يساهم الاسلام في خلق جيل قوي متماسك يزداد مع الايام قوة وعدداً .

وقد وضع الاسلام في تشريعه الخالد قواعد لبناء الأسرة المسلمة فأوجب حقوقاً وواجبات على كل من الزوجين نحو الآخر ، فاذا ما أخل أحدهما بواجبه نحو شريكه كان للآخر ان يطالبه بذلك . وللقضاء ان ينصف المظلوم منهما .

ولكن هناك حالات لا تطولها يد القضاء لأنها خارجة عن الارادة ، هناك حالات يقف المرء أمامها مكتوف اليدين لأنه لا يملك لها حلاً لقد كان عليه الصلاة والسلام يتناوب المبيت عند زوجاته ويقسط بينهن في الكسوة والنفقة بل كان يضرب المثل الأعلى بالعدالة والمساواة بين زوجاته ومع هذا كله كان دائماً يقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تحاسبني فيما لا أملك .

ان الحياة ليست طعاماً وشراباً وملبساً ومسكناً ، انها وراء ذلك كله ، فهذه فتاة[1] من الاعراب تزوجها معاوية وأسكنها قصراً له في دمشق وقدم لها ما يقدم الملوك لزوجاتهم وكانت تحب ابن عم لها يرعى الابل فرفضت ان تقترب من معاوية امير المؤمنين وبقيت مدة طويلة في قصرها وحيدة تعيش مع من تحب في خيالها حتى دنا منها مرة معاوية فسمعها تنشد وتقول :

لبيت تخفق الأرواح فيه ... احب الي من قصر منيف
ولبس عباءة وتقر عيني ... احب الي من لبس الشفوف
وخرق من بني عمي نحيف ... احب الي من علج عليف[2]

---

(١) هذه الفتاة هي ميسون بنت بحدل الكلبية ام يزيد توفيت سنة ٨٠ هـ .

(٢) لما سمع منها معاويةهذا الكلام قال : جعلتني علجاً فطلقها وقال لها : كنت فبنت فاجابته : ما سررنا اذ كنا ولا أسفنا اذ بنا . الاعلام للزركلي ٢٩٨/٨ ط الثانية . الكامل لابن الاثير ٤٩/٤ شرح شواهد المغني ص ٢٢٤ ط . البهية بمصر .

ان الزوجة انسان من لحم ودم تشعر بما يشعر به الرجل ، فاذا وجدت في زوجها مالو وجده فيها لطلقها فماذا تفعل ؟ ! !..

اذا لم تجد الزوجة في زوجها السعادة التي يحققها الزواج بين الناس كأن تجد فيه بعض العيوب خلقية كانت أو جسمية وتأبى كرامتها ان تثير هذا أمام القضاء فماذا تفعل ؟! !

لقد جاءت زوجة ثابت بن قيس الى رسول الله وقالت له كلمتين لا ثالثة لهما ، قالت له : يا رسول الله اني لا أحبه ففهم النبي عليه السلام ما وراء هذه الكلمات . لقد علم ان وراء ذلك حياة تعيسة مظلمة لا يجوز السكوت عنها ، والا كان ولي الأمر في المسلمين ساكتاً على ظلم اطّلع عليه ، وحاشا للاسلام أن يرضى أو يسمح بذلك .

نعم قالت له لا أحبه ولم تشكو أمراً آخر بل صرحت بأنها لا تعتب عليه في خلق ولا دين ولكنها لا تحبه .

بل أكثر من هذا : ان زوجات النبي عليه السلام حينما جئنه يشكون قلة النفقة وضنك العيش فنزلت الآية الكريمة : يا أيها النبي قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً ، وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيماً .

حينئذ خير النبي عليه السلام زوجاته بين البقاء أو الفراق فاخترن البقاء . فقالت السيدة عائشة رضي الله عنها يا رسول الله : لا تخير ازواجك اني أختارك . فقال عليه الصلاة والسلام : « إنما بعثت معلماً ولم أبعث متعنتاً » :[1] **وهذا لعمري الفقه الحي الذي يدخل القلوب بدون استئذان ...**

ألا نفهم من هذه الآية الكريمة وفعل النبي ان شكت من زوجها أمراً وتعذر عليها الصبر فلم تعد تحتمل حياتها الزوجية الا على ألم لا تطيقه فعلى الزوج أن يخيرها بين أحد الأمرين .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٣/٤٣٩

حتى ان الذين قالوا لا دلالة بالاية على التخيير بالطلاق قالوا : اذا اختار ت المرأة فيجب طلاقها . لأن الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم أن يطلق زوجاته اذا اخترن الدنيا[1] .

بل ان التخيير اعطاء حرية مطلقة للزوجة حيث تطلق نفسها دون حاجة للرجوع الى الزوج أكثر من الخلع حيث الطلاق من الرجل .

فماذا بعد ذلك ؟ أهل يقال أن هذه من خصوصيات النبي الكريم ؟ .. لا .. لأن تشريع التفويض والتخيير أخذه الفقهاء من هذه الآية الكريمة ومن فعله عليه السلام في هذه الحادثة .

وبعد فإن الله شرع الطلاق بيد الرجل لا على طريق الحصر بحيث لا يجوز لغيره أن يفرق بينه وبين زوجته وشرع للزوجة حق الخلع من زوجها فالطلاق والخلع حقان متبادلان لا يجوز لكل منهما أن يتعسف بما منحه الله .

قال ابن رشد في بداية المجتهد[2] .

ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل « أي اذا بغضته » .

وجاء في الانصاف [3] :

« اذا ترك الزوج حق الله فالمرأة في ذلك كالزوج فتتخلص منه بالخلع ونحوه . »

واخيراً فاني ارى الزوجة اذا ما طلبت المخالعة من زوجها فعليه ان يعظها ويعرف سبب نشوزها او كراهيتها فلعل أمراً طارئاً سبب هذا النفور، سرعان ما يزول، وعلى الزوج أيضاً أن يحاول الاصلاح ما أمكن وذلك كما سيأتي معنا في بحث التفريق للشقاق والضرر فإن تعذر عليه ذلك فالواجب عليه ديانة أن يطلقها. وفي هذا الرأي جمع لآراء الفقهاء الذين قالوا بالندب أو الاستحباب أو الوجوب .

---

(١) المصدر السابق ٣/٤٤٠
(٢) بداية المجتهد ٢/٤١ .
(٣) الانصاف ٨/٤٣٠ .

فإن لم يستجب الزوج لطلب الزوجة بالمخالعة فما على الزوجة إلا أن ترفع أمرها للقاضي فيفرق بينهما مخالعة .

على أنه يجب في جميع الحالات ألا يزيد ما تدفعه الزوجة عوضاً للخلع على المهر الذي دفعه زوجها لها .

وبهذا تنال الزوجة حقاً بمفارقة زوجها إذا ما تعذر استمرار الحياة الزوجية .وتتلخص بذلك من انتقادات مريرة يوجهها الينا أصحاب الأغراض السيئة الذين يريدون أن ينالوا من هذا الدين الكريم .

المبحث الخامس

الخلع في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية :

مصر :

لا يوجد في مصر نصوص صريحة في موضوع الخلع سوى ما جاء في المادة الخامسة : ان الطلاق نظير عوض طلاق بائن .

وما جاء في التفريق للشقاق والضرر بعد التحكيم لم يذكر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ التفريق على مال . ولهذا وأمام سكوت القانون كان لا مناص من الرجوع الى المذهب الحنفي حسب ما جاء في المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠ .

وفي مجموعة الاحكام الشرعية نصوص كثيرة في الخلع مأخوذة من المذهب الحنفي ويمكن الرجوع اليها وان لم يكن لها صفة رسمية .

فمن ذلك مثلاً م ٢٧٣ : اذا تشاحن الزوجان وخافا ان لا يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية وموجباتها جاز الطلاق والخلع في النكاح الصحيح .

م ٢٧٤ : يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج المخالع أهلا لايقاع الطلاق وان تكون المرأة محلاً له .

م ٢٧٥ : العوض ليس بشرط في الخلع فيقع صحيحاً به وبدونه سواء كانت المرأة مدخولاً بها أم لا .

م ٢٧٦ : يجوز قضاء للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر مما ساقه اليها .

م ٢٧٨ : يقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بمال أو بغير مال وتصح فيه نية الثلاث ولا يتوقف على القضاء .

ملاحظاتنا : على ما جاء في هذه المواد :

١ ـ الأصل في هذه المجموعة المذهب الحنفي ، ولهذا يجوز الخلع بنية الثلاث فتقع ثلاث طلقات . ولكن مفعول هذه المادة ملغي بالمادة الثالثة الصريحة من القانون المصري بعدم وقوع أكثر من طلقة واحدة ولو تعددت الطلقات .

٢ ـ يجوز الخلع ببدل وبدون بدل .

٣ ـ يقع بالخلع سواء ذكر البدل أم لم يذكر طلاق بائن . أي ان انتقاء عوض الخلع لا يغير من أثره .

٤ ـ لا يحتاج الخلع الى القضاء بل يتم بالتراضي بين الزوجين .

سوريا :

وأما القانون السوري فقد نص على بعض أحكام الخلع في المواد التالية :

م ٩٥ : ف ١ . يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لايقاع الطلاق والمرأة محلا له .

ف ٢ المرأة التي لم تبلغ سن الرشد اذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع الا بموافقة ولي المال .

م ٩٦ : لكل من الطرفين الرجوع عن ايجابه في المخالعة قبل قبول الآخر .

م ٩٧ : كل ما صح التزامه شرعاً صح أن يكون بدلا في الخلع .

م ٩٤ كل طلاق يقع رجعياً الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلا ق على بدل .

م ٩٨ : اذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم اداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية .

م ٩٩ : اذا لم يسم المتخالعين شيئاً وقت المخالعة بريء كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية .

م ١٠٠ : اذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلقة رجعية .

ملاحظاتنا على القانون السوري :

١ ــ انه اعتبر الخلع طلاقاً بائناً وليس بفسخ أخذا من المذهب الحنفي .
٢ ــ خالف المذهب الحنفي في أنه يجوز للموجب من الزوجين الرجوع قبل قبول الآخر وذلك أخذا من المذهب المالكي الذي اعتبر الخلع معاوضة من الجانبين .
٣ ــ لا خلع الا بعوض فاذا انتفى العوض لم يكن خلعاً بل طلاق ، والاصل في الطلاق أن يكون رجعياً . ولهذا لو ذكر الزوجان لفظ الخلع فهو طلاق رجعي اذا نفى العوض .
٤ ــ اعتبر القانون السوري مخالعة من لم تبلغ سن الرشد المالي صحيحة ولكن بدل العوض متوقف على موافقة ولي المال .

العراق :

م ٤٦ : ف ١ الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بايجاب وقبول أمام القاضي .
ف ٢ يشترط بصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلا له . ويقع بالخلع طلاق بائن .
ف ٣ للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها .
ونلاحظ أن الشيء الجديد في القانون العراقي هو أن يكون الخلع امام القاضي وأما بقية الأحكام فهي من المذهب الحنفي .

تونس :

سبق ان ذكرنا ان القانون التونسي اشترط أن يكون الطلاق بحكم القاضي واستثنى من ذلك الطلاق بالتراضي بين الزوجين ولم يذكر صيغة الخلع بل قال : بتراضي الزوجين في الفصل ٣١ .

المغرب :

الفصل ٦١ : للزوجين ان يتراضيا على الطلاق بالخلع .

الفصل ٦٢ : تخالع الرشيدة عن نفسها . والتي دون سن الرشد القانوني اذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببدل الخلع الا بموافقة ولي المال .

ويلاحظ في القانون المغربي أنه يرجع في حال عدم وجود نص الى المذهب المالكي ،

نصت المادة ٧ من المنشور السوداني رقم ٢٨ الصادر في ١٤ شعبان ١٣٤٥ والموافق ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ :

« في الطلاق على مال أو على الابراء لا يسقط إلا ما نص صراحة على أنه عوض عن الطلاق ... ويلاحظ ان هذا النص على خلاف ما ذهب اليه الامام ابو حنيفة حيث يرى بان المخالعة بين الزوجين تسقط ما بينهما من حقوق مترتبة وناشئة عن عقد الزواج ،

والمنشور السوداني يتفق مع مذهب الامام محمد بن الحسن الذي يرى عدم سقوط الحقوق الزوجية بالمخالعة إلا ما سمياه فقط بالاتفاق بينهما .

وقد فسرت المذكرة القضائية رقم ٢٥ بتاريخ ١٩٢٦/١٢/١٩ مقصد الشارع بترجيحه مذهب الامام محمد على الامام ابي حنيفة في هذا الموضوع [١] .

---

(١) فتح القدير ٢١٧/٣ والبحر الرائق ٩٥/٤

الفصل الثاني

الطلاق باتفاق الزوجين لدى الامم القديمة والشرائع السابقة

المبحث الاول

الطلاق بالاتفاق لدى اليونان

لم يعرف اليونان الطلاق باتفاق الزوجين ، فقد كانت سلطة الرجل أقوى من أن تسمح للمرأة مشاركته في انهاء الزواج .

ففي العصر القديم ، كان عقد الزواج يتم عن طريق الشراء ، فالزوج الذي يشتري زوجته يصبح مطلق التصرف في أن يحتفظ بها أو ان يطلقها ، وكل عمل من الزوجة في سبيل الانفصال عنه يعتبر تعديا على حقه الذي يملكه بمفرده .

وهكذا لا نجد أثراً لدى اليونان لنظام الطلاق باتفاق الزوجين ، لان هذا لا يكون في نظام يعطي الرجل الحق المطلق دون قيد في طلاق زوجته بعد أن يدفع ثمنها لأهلها فيعز عليه أن تفوّت عليه مغنمه في مشاركته بطلاق نفسها[١] ..

ولما جاء العصر الكلاسيكي لم يعد الزواج يتم عن طريق الشراء ، ومع هذا بقي الرجل متمتعاً بسلطته المطلقة في أن يطلق زوجته متى شاء وأراد .

غير أنه أصبحت الزوجة تدفع لزوجها حين الزواج بائنة هي كل ما يدفعه لها أبوها تعويضاً عن ميراثها .

« ويحدثنا ول ديورانت عن هذا العصر فيقول[٢] : وكان الطلاق يباح أيضاً اذا تراضى الزوجان وكان هذا التراضي يعبر عنه عادة باعلانه رسميا .

---

(١) المرأة عند قدماء اليونان ص ١٢٥

(٢) قصة الحضارة ول ديورانت . ج ٢ مجلد ٢ ص ١١٦ .

المبحث الثانــي

الطلاق بالاتفاق لدى الرومان

مر الطلاق في الحقوق الرومانية بمراحل متعددة ففي العصر القديم كان الطــلاق مطلقاً للرجل كما كان لرب الأسرة أن ينهي زواج إبنته من زوجها رغم ارادته ولو لم توافق الزوجة نفسها على ذلك[١] .

ولما جاء العصر الكلاسيكي فقد رب الأسرة سلطته في تطليق ابنته ، واكتسبت الزوجة هذا الحق فأصبح الطلاق حقاً للزوجين من شاء منهما ان يطلق الآخر فعل ودون أن تكون هناك أسباب محدودة مما أدى الى شيوع الطلاق بكثرة بالغة .

وفي عصر الامبراطورية السفلى طرأت تعديلات هامة تحت تأثير الكنيسة ، ادت الى عدم اباحة الطلاق ولكنها لم تستطع ان تمنعه ولهذا فقد جاء الامبراطور قسطنطين عام ٣٣١ م وأعلن تقييد الطلاق وحصر الأسباب التي ان لم يتوفر أحدها لا يجوز الطلاق بدونه ولكن أثر المخالعة لم يكن يتعدى الغرامة المالية بمعنى أن الزوج له أن يطلق دون مسؤلية مالية ضمن الحدود التي حددها المشرع فاذا ما تجاوز تلك الحدود تعرض للعقوبة المالية [٢] .

وفي جميع الحالات كان يجوز الطلاق باتفاق الزوجين حتى جاء جو ستينيان فألغى الطلاق بالاتفاق عام ٥٤٢ ، وحين خلفه الامبراطور جوستنيان الثاني أجازه من جديد سنة ٥٦٦[٣] .

* * *

(١) الحقوق الرومانية للدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم بدراوي .

(٢) بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني للدكتور صوفي ابو طالب ص ١٤٣ .

(٣) المرأة عند اليونان ص ٢٣٨

المبحث الثالث

الطلاق باتفاق الزوجين عند اليهود

طائفة الربانيين :

الطلاق حق للرجل يوقعه متى شاء لدى الربانيين من اليهود :

فقد جاء في المادة ٣٣٤ للربانيين : الطلاق في يد الرجل .

والمادة ٣٢٥ : قول المرأة الطلاق ليس شرطاً ومع هذا فقد قالوا يستحسن أن يكون للطلاق سبباً والا كان مكروها [1] .

ولا مانع لدى اليهود من وقوع الطلاق باتفاق الزوجين على أن يكون بحكم من السلطة الملية عندهم . وقد وجدت فتوى صادرة من حاخمخانة الاسرائيليين في القاهرة في القضية رقم ٢٩ سنة ١٩٥١ احوال شخصية أجانب جاء فيه : اذا كان الزوجان متفقان على الطلاق وتقدما باتفاق على الطلاق بينهما ، فالحكم يكون بالتصديق على الاتفاق وايقاع الطلاق .

كما ان محكمة القاهرة الابتدائية أصدرت حكمها في التفريق للاتفاق بين الزوجين في ١٩٥٨/١٠/٢١ ومما قاله أنه اذا كانت شريعة ما تبيح للرجل حل رابطة الزوجية دون توقف على ارادة الزوجة كان من البديهي القول بأن هذه تؤيد الاعتداد بالاتفاق في مسائل الطلاق [2] .

ويبدو أثر هذا الاتفاق بالالتزامات المالية التي تترتب على انهاء الزواج ، فالطلاق في كل من الحالتين له التزام يختلف عن الآخر ، فقد يكون الاتفاق بين الزوجين على انهاء الحياة الزوجية وغالباً ما يكون كذلك ليتخلص الزوج من بعض الأعباء المالية التي قـــد

---

(١) القضاء للاسرائيليين حاي بن شمعون ص ٧٧

(٢) مراجع القضاء – صالح حنفي ٤٨١/٢ قضاء الطوائف الملية . احمد صفوت ص ١١٠ .

ينوء بدفعها فيما اذا أقدم على الطلاق بارادته المنفردة. وقد يكون في هذا الاتفاق تحقيق لرغبة الزوجة في انهاء الحياة الزوجية .

اما طائفة القرائين :

فالطلاق عندهم ليس حقاً للرجل يتصرف فيه كما يشاء بل لا بد له من مسوغ يقره الشرع اليهودي ، أما اذا اتفق الطرفان على الطلاق فالأمر حينئذ جائز . جاء في شعار الخضر[1] :

ان لا طلاق الا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات اللهم الا اذا كان هناك تراضي بين الاثنين فان المسوغات لا يتوقف الأمر عليها والحال هذه أن يطلقها ولو بلا سبب أصلاً ما دامت قابلة .

الاجتهادات القضائية :

جاء في حكم لحاخامخانة الاسكندرية[2] : اذا تبين للمحكمة استحالة الحياة الزوجية بين الزوجين بايقاع الطلاق اجابة للطلب المتقدم منها بذلك .

وفي حكم آخر[3] : ازاء اتفاق الطرفين على وضع حد لزواج تنقصه أبسط عوامل السعادة ونظراً لما يتطلبه الأمر من اقصاء الأولاد من جو مشحون بالبغض والشقاء ترى المحكمة وجوب ايقاع الطلاق ، وعلى الزوج اتمام اجراءاته .

* * *

(١) شعار الخضر ص ١٢٩
(٢) حاخا مخانة الاسكندرية ١٩٥٣/١٢/٢١ – صالح حنفي ص ٢٥٤
(٣) حاخا خمانة الاسكندرية ١٩٥٤/١٢/٢١ – رفعت خفاجى ١١٧

المبحث الرابع

الطلاق باتفاق الزوجين عند المسيحية

لا طلاق في المسيحية بمعنى ان الرجل والمرأة لا يملك احدهما فصم عرى الزوجية بل لا بد من رفع الأمر للقاضي للتطليق في أحوال نص عليها القانون وسنرجع الى قوانين الاحوال الشخصية ، ثم الى اجتهادات المحاكم ، ثم الى آراء الفقهاء ، وشرّاح القانون وأخيراً نبدي رأينا في هذا الموضوع .

١ ـ القوانين :

واذا رجعنا الى قوانين الاحوال الشخصية المعمول بها في مصر لغير المسلمين لا نجد مادة تشير الى التفريق في حال الاتفاق بين الزوجين على الطلاق[1] .

٢ ـ المحاكم :

ولهذا رفضت اكثر المحاكم في مصر التطليق باتفاق الزوجين ، فقد جاء في حكم لمحكمة استئناف القاهرة : « من حيث أنه عن الأمر الأول وهو الطلاق بالتراضي فإن الشرع لدى طائفة الاقباط الارثوذكس لايجيز للزوجين أن يتحللا من عقد الزواج بإرادتهما بل يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب التطليق فلا يفسخ العقد إلا بحكم ولأسباب بعينها ، ذلك ان الكنيسة الارثوذكسية التي ينتمي اليها الزوجان تعتبر الزواج نظاماً قانونياً وان القواعد التي يتكون منها هذا النظام انما هي قواعد أمره لا يملك الزوجان الاتفاق على مخالفتها .

ولكن محكمة الاسكندرية الابتدائية حكمت بخلاف ذلك بعد حكم استئناف القاهرة :

---

(١) غير أن قانون الأرمن الارثوذكسي نص في المادة ٣٧ : يحرم على الزوجين ان يتفقا على الطلاق .

« متى ثبت باقرار الطرفين قيام سوء التفاهم المستمر بينهما وتصدع الحياة الزوجية واستحالتها نتيجة لذلك تعين على المحكمة التطليق[١] » .

٣ — الفقـــه :

يقول الاستاذان محمد محمود نمر والفي بقطر حبشي في كتابهم الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية[٢] .

« ... كذلك تحرمه ولو اتفقت ارادة الزوجين على وقوعه بتلك الوسيلة . وهذا التحريم يعتبر من المبادىء الأساسية التي تقوم عليها الشريعة المسيحية .

ولكن الدكتور اهاب اسماعيل يعتبر أن الاتفاق على التطليق جائز لدى شريعـــة الأقباط الارثوذكس ، باعتبار ان النفور والشقاق من الأسباب التي تبيح التطليق ، ويقول ألا يمكن أن نعتبر الاتفاق دليلاً على وقوع هذا الشقاق والنفور الذي لولاه ما أدى الأمر الى اتفاق الزوجين على انهاء حياتهما الزوجية . ويقول : فإذا ما كان هذا النفور قد تسبب فيه أحد الطرفين وجاز الحكم بالتطليق على أساسه ، فإنه من باب أولى يكون هذا النفور موجباً للتطليق حينما يتسبب فيه الطرفان ويقران باتفاقهما على العزوف عن الحياة الزوجية والاصرار على عدم الاستقرار فيها[٣] .

وقد رد الاستاذ رفعت خفاجي على الدكتور اهاب اسماعيل[٤] بقوله :

يرى اهاب اسماعيل الاعتداد بالاتفاق كسبب من أسباب التطليق . ونحن نخالفه في هذا الرأي لما هو مستقر عليه فقهاً وقضاء من ان الزواج عند المسيحيين على اختلاف طوائفهم نظام قانوني وليس عقداً ، فلا يملك الزوجان الاتفاق على مخالفة القواعد التي يتكون منها هذا النظام .

ومما يؤيد ما ذهب اليه الدكتور اهاب اسماعيل قرار للمجلس القبطي في القاهرة

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٧/٣/٥ راجع صالح حنفي ٥٠١/٣

(٢) الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية ص ٢٨١

(٣) اهاب اسماعيل الطلاق لدى الارثوذكس ص ٢٢٩

(٤) رفعت خفاجى قضاء الاحوال الشخصية ص ١٢٩

في قضية ملخصها ان قبطياً ارثوذكسياً طلب التطليق من زوجته بسبب اصابتها بالعمى فأجابه مجلس ملّي فرعي جرجا لطلبه وحكم بطلاقه من زوجته .

ولكن المجلس الملّي العام قضى غيابياً بالغاء الحكم المذكور وقال إن زيجة دامت خمسين عاماً بين زوجين لا يجوز فصم عراها لهذا السبب[١] .

غير ان الزوجة لم ترض بالغاء الحكم وطلبت من المجلس الملّي العام الغاء حكمه فأجابها الى طلبها ثانية وقرر « وحيث ان الزوجة التي كان المجلس الملّي العام يهدف الى مصلحتها قد تضررت من هذا الحكم ورفعت معارضة عنه وقررت انها توافق على الطلاق بل ان مصلحتها متحققة في الحكم بالفصل لأنها ستقيم في منزله على الرغم من هذا الحكم .. فيتعين إجابة الزوجة الى طلبها والحكم بفصل الزوجين[٢] » .

وهذا فاني أرى ان الاتفاق على انهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين في الشريعة المسيحية ، أمر يجوز وان لم ينص عليه مع ملاحظة التفرقة بين مجرد الاتفاق بين الزوجين على الفرقة فهذا لا أثر له لأنه لا يجوز الطلاق الا بحكم الحاكم انما الخلاف وموضوع البحث ما اذا رفع الزوجان امرهما الى القاضي ليحكم لهما بالتفريق .

كما اني أرى ان مجرد وجود بعض الأسباب كالهجر والايذاء والاعتداء على أحد الزوجين ومما يشبه ذلك مما نص عليه القانون يسهل كثيراً الاتفاق على الطلاق ، فإذا تم الاتفاق بين الزوجين على فصم عرى الزوجية ولم يسمح القضاء بذلك كان من السهل على أحد الزوجين أن يهجر الآخر أو أن يؤذيه أو أي فعل يمكن أن يدخل تحت احدى المواد التي تجيز التفريق ثم يتقدم الطرف الآخر بطلب الفرقة وبهذا يكون الاتفاق على انهاء الحياة الزوجية .

فضلاً عن ان القانون حين نص على الشقاق والخلاف وسوء العشرة بين الزوجين

---

(١) مجلس ملي عام القاهرة تاريخ ١٩٥١/١٠/١٦

(٢) مجلس ملي عام القاهرة تاريخ ١٩٥١/١٢/١١

كسبب يبيح للطرف الآخر طلب التطليق فان الاعتراف بهذا السبب اعتراف بالطلاق ضمنياً لأنه ليس من المعقول أن يتفق زوجان على الطلاق الا بعد أن تتكدر حياتهما ويستحيل استمرار العيش المشترك بينهما[1] .

ويقول الدكتور اهاب اسماعيل [2] : ولو أننا استبدلنا لفظ الاتفاق بلفظ اصرار الزوجين على التطليق لخيل الي ان النظرة المعنوية ستتغير ، ويقبل بأن هذا الأصرار دليل حاسم على استحكام النفوذ وتأصيل الكراهية والحزم والتيقن من عدم توقع عودة الحياة الزوجية .

* * *

---

(١) جاء في المادة ٢١٤ من القانون الروماني الصادر في ١٨٦٥ والمعدل في ٢٤ مارس سنة ١٩٠٦ : اذا اتفق الزوجان على الطلاق اعتبر التراضي دليلا كافياً على ان المعيشة بينهما اصبحت لا تطاق .

(٢) انحلال الزواج في شريعة الأقباط الارثوذكس للدكتور اهاب اسماعيل ص ٢٢٩ .

الفصـــل الخامس

الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الاجنبية

لا تجيز معظم القوانين الاجنبية الطلاق باتفاق الزوجين باعتبار ان أسباب الطلاق جاءت في هذه القوانين حصراً ولا يجوز التفريق إلا بحكم القاضي بناء على تقديره لتلك الاسباب .

ولكن كما لاحظنا في أسباب التفريق لدى شريعة الاقباط الارثوذكس ، حين عددت أسباب الطلاق أنه من الممكن أن يتفق الزوجان بالتواطؤ لا على الطلاق ، بل على ارتكاب أحدهما جريمة الزنا أو يقوم بعمل يعتبره القانون سبباً للتفريق فيطلب الطرف الآخر التفريق بسببه .

الطلاق باتفاق الزوجين في فرنسا :

عرفت فرنسا نظام الطلاق باتفاق الزوجين في تشريع عام ١٧٩٢ بعد أن انتصرت على نظم الكنيسة التي تحرم الطلاق لأي سبب كان .

وفي عام ١٨٠٤ عدلت المجموعة المدنية أحكام الطلاق ، وأبقت الطلاق بالاتفاق مع بعض قيود تقلل من حدوثه .

وقد جاءت هذه القيود في المواد (٢٧٥ — ٢٩٤) وأهم هذه القيود :

١ — الرضا التام من الزوجين على طلب التفريق وذلك بأن يعبرا عن ارادتهما ثلاث مرات خلال تسعة أشهر انهما اتفقا على الطلاق .

٢ — موافقة آباء الزوجين على التفريق .

٣ — ضمان مستقبل الأولاد وتأمين تعليمهم .

٤ — ولا يقع الطلاق الا بحكم القاضي بعد أن يتأكد من توافر هذه الشروط .

ومن الطبيعي ان مثل هذه القيود تجعل الطلاق باتفاق الزوجين نادر الوقوع[1] .

وفي عام ١٨١٦ الغي نظام الطلاق في فرنسا نظراً لشيوع الطلاق بشكل مخيف جداً .

وقد أعيد في ١٨٨٤ نظام الطلاق بعد ان حذف منه الطلاق باتفاق الزوجين .

بلجيكا :

أخذت **بلجيكا** المجموعة المدنية الفرنسية ولا تزال تطبق نظام الطلاق فيها . وعلى هذا فالطلاق باتفاق الزوجين لا يزال ساري المفعول في بلجيكا .

وقد وضع المشرع قيوداً عدة نذكرها فيما يلي :

م ٢٧٥ : يشترط أن يكون الزوج قد بلغ من العمر **٢٥** سنة على الأقل .
وأن تكون الزوجة قد بلغت من العمر **٢١** سنة على الأقل .

م ٢٧٦ : ان تكون قد انقضت على الزواج سنتان على الأقل .

م ٢٧٧ : أن لا تكون قد انقضت على الزواج عشرون سنة .
وأن لا يكون عمر الزوجة ٤٥ سنة فأكثر .

م ٢٧٨ : أن يوافق على طلب التفريق أصول الزوجين الذين على قيد الحياة .

القانون الايطالي :

قلنا ان ايطاليا احدى الدول الثلاث التي لا تجيز **الطلاق** ولو بحكم القاضي ، وكل ما في الأمر أن القانون الإيطالي نص على نظام الانفصال الجسماني بحكم من القضاء ولأسباب محددة بالمواد ١٥٢ — ١٥٣ .

وقد نص القانون الايطالي في المادة ١٥٨ على التفريق بالتراضي بين الزوجين اذا توافر شرطان :

١ — اتفاق الزوجين كتابة على التفريق بشرط ان لا يتضمن الاتفاق نصوصاً مخالفة للنظام العام او للاداب العامة .

٢ — تصديق المحكمة على الاتفاق .

---

(١) مرجع القضاء في تشريعات الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٣٨ .

روسيا[1] :

لم يحدد قانون ١٩٤٤ في روسيا أسباباً للطلاق بل أعطى الأمر للقاضي حيث يقدر الأسباب التي يتقدم بها أحد الزوجين للطلاق . إلا أنه يلاحظ أن القضاء في الاتحاد السوفييتي يسير على اعتبار اتفاق الزوجين على انهاء الزواج قرينة قوية وحجة حاسمة على استحالة الحياة الزوجية ببنهما ولهذا فان القضاء يحكم بالطلاق في أكثر الحالات التي يتبين للقاضي ان الاتفاق بين الزوجين على الطلاق بني على أسس سليمة ومعقولة يستحيل خلالها استمرار الحياة الزوجية [2] .

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي .

(٢) وهناك بعض القوانين الاجنبية اجازت التفريق بالتراضي بين الزوجين :

فقد جاء في المادة ٣١٥ من القانون المدني البرازيلي :

ان الانفصال بين الزوجين يجوز بالتراضي بينهما على ان يصدر حكم من القاضي بذلك . وجاء في المادة ٥٦ ف ٢ من القانون اليوغوسلافي الصادر في ٩ ابريل ١٩٤٦ : اذا اتفق الزوجان على الطلاق جاز للقاضي التفريق بينهما .

ونص أيضاً القانون البولندي في المادة ١٣ : يجوز الاتفاق على الطلاق على أن يكون ذلك بعد الزواج بثلاث سنوات .

راجع الاحوال الشخصية للاجانب لجميل خانكي .

البـــاب الرابـــع

الطلاق بحكم القاضي

وهو يتضمن :

الفصل الاول ـ التفريق للعيوب والامراض

الفصل الثاني ـ التفريق للشقاق والضرر

الفصل الثالث ـ التفريق للاعسار وعدم الانفاق

الفصل الاول

التفريق للعيوب والامراض

المبحث الاول

التفريق للعيوب والامراض في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

الحياة الزوجية قوامها الالفة والمودة والمحبة ، ومن اهدافها التناسل لايجاد جيل قوي يساهم في بناء المجتمع الاسلامي .

هذه الحياة قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها من مرض احد الزوجين بعلة يصعب او يطول شفاؤها او يستحيل ، او قد يجد احد الزوجين صاحبه مصاباً بمرض تناسلي او منفر او مخوّف لم يظهره له حين العقد فماذا يعمل حينئذ ؟ .

هل يبقى السليم مع المريض يشاطره ألم الحياة كما شاطره سعادتها وهناءها وله من الله الاجر والثواب لانه ساهم في تخفيف مصاب زوجه ؟ .

ام ان للزوج السليم اذا ما خشي انتقال العدوى من زوجه اليه أو نفر عنه نفوراً يكاد يخشى عليه من الفتنة اذا ما استمر على معاشرته او انه يرغب بزوج معافى غير. مريض ، هل لهذا الزوج ان يطلب التطليق من القاضي فيجيبه اذا ما ثبت ذلك ؟

الفـرع الاول

رأي المذاهب في أصل التفريق للعيوب

في الشريعة الاسلامية ثلاثة مذاهب في التفريق للعيوب والامراض بين الزوجين :

١ ـ المذهب الاول ـ مذهب الظاهريـة

قالوا لا تفريق بين الزوجين لعيب في احدهما .

ووافقهم على ذلك الشوكاني وصاحب الروضة الندية وهو قول عمر بن عبد العزيز وبعض التابعين .

٢ ـ المذهب الثاني ـ مذهب الاحناف

قالوا للزوجة ان ترد النكاح اذا وجدت بزوجها عيباً تناسليا يمنع من الاتصال الجنسي اما الزوج فلا يملك هذا الحق .

٣ ـ المذهب الثالث ـ جمهور الفقهاء

قالوا لكل من الزوجين حق طلب التفريق لعيب يجده في الآخر وقد اختلفوا فيما بينهم في تعداد هذه العيوب .

اولا ـ مذهب الظاهرية

قال الظاهرية لا يجوز لاي من الزوجين رد النكاح باي عيب وجده في زوجه الآخر ، مهما كان العيب سواء كان المرض تناسلياً ام كان من الامراض السارية او المنفرة .

وهو قول عمر بن عبد العزيز كما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد (١) .

واختاره الشوكاني في نيل الاوطار والقنوجي في الروضة الندية .

جاء في المحلى (٢) : لا يفسخ النكاح بعد صحة بجذام حادث ، ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ، ولا بان يجد بها شيئا من هذه العيوب ، ولا بان تجده هي كذلك ولا بعنانة ، ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب .

ويقول ابن حزم (٣) من تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها سواء كان وطئها مرة او مراراً او لم يطأها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره ان يفرق بينهما .

وجاء في نيل الاوطار (٤) : بعد ان ذكر ادلة من قال بالتفريق للعيوب قال « ومن امعن النظرلميجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء » .

وجاء في الروضه الندية (٥) : فاعلم ان الذي ثبت بالضرورة الدينية ان عقد النكاح لازم ، يثبت به أحكام الزوجين من جواز الوطء او وجوب النفقة ونحوها ، وثبوت الميراث وسائر الاحكام ، وثبت بالضرورة الدينية ان يكون الخروج منه بالطلاق أو الموت . فمن زعم انه يجوز الخروج من النكاح بسبب من الأسباب ، فعليه الدليل

---

(١) بداية المجتهد ٢/٣١ .
(٢) المحلى ١٠/١٠٩ .
(٣) المصدر السابق ١٠/١٥٧ .
(٤) نيل الاوطار ٦/١٥٧ .
(٥) الروضة الندية ٢/٣٢ .

الصحيح المقتضى للانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية . وما ذكروه من العيوب لم يأتِ في الفسخ بها حجة نيرة ولم يثبت شيء منها .

وهكذا نجد ان حجة أصحاب هذا الرأي انه لم يثبت شيء صحيح بالفسخ عن الصحابة ولا عن التابعين .

وقد اعلّ ابن حزم ما ورد في هذا الشأن ولم يحتج به فقال :

ان الاصل بقاء النكاح ولا يزول الا بدليل ولا دليل هنا على إزالته .

ويقول [1] : كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وسنة رسوله فقد حرم الله تعالى بشرتها وفرجها على كل من سواه . فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة فقد دخل في صفة الذين أذلهم الله بقوله : « فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه » .

دليل هذا المذهب :

استدل ابن حزم على رأيه بما رواه الزهري عن عروة بن الزبير أن عائشة اخبرته ان رفاعة القرظي طلق امراته،فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وانه والله مامعه الا مثل هذه الهدبة واخذت هدبة من جلبابها . فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعه ؟ .. لا ، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك .

قال ابن حزم : فهذه تذكر أن زوجها لم يطأها وان احليله كالهدبة ، لا ينتشر اليها وتشكو ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وتريد مفارقته فلم يشكها ولا اجل لها شيئاً ولا فرق بينهما .

* * *

مناقشة ابن حزم :

لا دليل لابن حزم الا في هذا الحديث الذي أورده ، ولكن لو امعنا النظر في الحديث

---

(١) المحلى ٦١/١٠ .

المذكور نجد انه لا حجة فيه، فقد جاء ذكر الحديث لبيان حكم شرعي بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ان المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها الا بعد زوج آخر ، يطأها وتذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتها .

فعبد الرحمن بن الزبير طلق امرأة رفاعة ثم جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم لا لتشكومن عبد الرحمن بل تستفتي النبي عليه السلام بالرجوع الى زوجها رفاعة الذي طلقها ثلاثاً .

فقد اخرج مالك في الموطأ : ان رفاعة طلق امراته تميمه بنت وهب في عهد رسول الله ثلاثاً فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فأعرض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة ان ينكحها وهو زوجها الاول فقال صلى الله عليه وسلم أتريدين أن ترجعي الى رفاعه لا... حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك [١] .

وبهذا انرى أنهلا وجهللاستدلال بهذا الحديثلانها لم تطلب الفسخ من عبد الرحمن انما طلبت العوده الى رفاعه . فبين النبي عليه السلام حكم العودة للمطلقة ثلاثاً ، ومنه أخذ الفقهاء ان مجرد العقد لا يكفي في عودة المطلقة ثلاثاً الى زوجها الأول [٢] وقال ابن عبد البر بعد ان ذكر الحديث : « قد صح أن ذلك كان بعد طلاقه [٣] .

شرط السلامة من العيب :

غير ان ابن حزم قال اذا شرط احد الزوجين السلامـــة من العيوب ، فالشرط صحيح ولازم فاذا ظهر للمشترط خلاف ما شرط فالعقد باطل .

جاء في المحلى [٤] : فان اشترط السلامة في عقد النكاح ، فوجد عيباً أي عيب

---

(١) سبل السلام ١٨٢/٣ .

(٢) وقد روى عن سعيد بن المسيب ان مجرد العقد على المطلقة ثلاثاً يكفي لعودتها لزوجها الاول . وهو رأي مخالف للاجماع .

(٣) كشاف القناع ٨٢/٥ .

(٤) المحلى ١١٥/١٠ .

كان فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في اجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقه ، دخل أو لم يدخل لان التي ادخلت عليه غير التي تزوج ، ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك فاذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما [1] .

ملاحظاتنا حول هذا النص :

١ ــ اعطى حق الاشتراط للزوج دون الزوجة وهي تفرقه لا مبرر لهـــا في رأينا بل على العكس فاننا نرى ان اعطاء هذا الحق للزوجة اولى لأنها لا تملك الطلاق

٢ ــ اعتبر مخالفة الشرط في النكاح بطلان للعقد مـــن أصله بحيث لا يقبل الاجازه ولو قبل النكاح .

وهذه مبالغة فان الزوج قد يرى عيباً في زوجته ويسكت عنه فلماذا نعتبر العقد باطلا ولا نعطيه حق الخيار ان شاء أمسك زوجته وان شاء فسخ العقد .

٣ــ واخيراً فاننا نرى قياساً على قاعدة الشروط. انالشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ ، حسب ما ذهب اليه الحنابلة ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، على ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ان الزوج حين يتزوج انه يشترط السلامة من العيوب المنفردة والسارية او من كل عيب يعتبر فيه العرف انه منفر ، فتخريجاً على هذا النص واستنباطاً لما جاء فيه نستطيع القول بان العيوب التي ينفر منها الطبع والحس عيوب موجبة للتفريق بين الزوجين .

---

(١) قارن هذا وما جاء في فتح القدير ٢٦٧/٣ – لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزاً شوهاء . ذات شق مائل ولعاب سائل وانف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح .

ثانيا ـ مذهب الاحناف

قال الاحناف: اذا وجدت الزوجة زوجها مصاباً باحد الأمراض التناسلية التي تحول دون الاتصال الجنسي فلها حق طلب التفريق من القاضي ، وهذه العيوب هي العنة ، الجب ، الخصي ،الخنوثه، التأخذ [1] ، وقصر بعضهم التفريق على العيوب الثلاثة الاولى فقط .

وقد أضاف الامام محمد عيوباً أخرى كالجنون والجذام والبرص .

قال في منتقى الابحر [2] : ولاخيار لها إن وجدت به جنوناً أوبرصاً خلافاً لمحمد

ولاخلاف في المذهب الحنفي ان حق الرد بهذه العيوب هو حق خاص بالزوجة

وعلل الكاساني ذلك في البدائع فقال[3]: لأنها لا تملك الطلاق فتعين الفسخ طريقاً لدفع الضرر . فلو وجد الزوج في زوجته عيباً تناسلياً يمنعه من الوصول اليها لا يجوز له التفريق بسببه فان شاء ابقى زوجته وله الاجر على فعله وان شاء طلق باحسان .

قال في المبسوط [4] : لا يريد الرجل امرأته عن عيب فيها ولو كان فاحشاً انما له الخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها .

---

(١) البدائع ٣٢٧/٢ .
(٢) منتقى الابحر ٤٧١/١ .
(٣) المصدر السابق
(٤) المبسوط ٩٧/٥ .

ودليل ابي حنيفة وأبي يوسف في حصر العيوب التي تبيح للزوجة حق التفريق بالعيوب التناسلية :

ان الغاية من الزواج التناسل فقد قال عليه السلام : « تناكحوا تناسلوا » فجعل الرسول الكريم التناسل ثمرة الزواج فاذا كان الزوج معيباً بعيب يمنع الاتصال الجنسي فاتت ثمرة النكاح ، فوجب الفراق اذا ما طلبت الزوجة ذلك .

يقول استاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة [1] :

اقتصر الشيخان على العيوب الجنسية دون غيرها : العنة والخصي والجب لان الغاية من الزواج حفظ النسل فاذا لم يكن الرجل صالحا لذلك فقد أصبح تنفيذ العقد مستحيلا فلا جدوى في بقائه ، ولان البقاء مع ذلك ضرر بالمرأة لا يقبل الزوال ولا طريق للتخلص منه الا بالتفريق .

ونلاحظ على توجيه استاذنا ان هذا يتفق مع ما عرّف به الفقهاء عقد النكاح بأنه عقد يرد على المتعة الجنسية قصداً . ونحن لا نوافق على هذا التعريف لأن للزواج غايات مثلى غير المتعة الجنسية ، وان كان الاحصان والعفة هي من ضمن اهداف الزواج في الواقع ولكنها ليست محلاً للعقد حتى يستحيل تنفيذه اذا لم توجد .

---

(١) الاحوال الشخصية قسم الزواج ص ٣٥٤ .

ثالثا ـ مذهب الجمهور

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية والاباضية الى أن حق التفريق للعيب هو حق مشترك للزوجين فلكل منهما اذا وجد بصاحبه عيباً فله حق طلب التفريق[1] .

وقد اختلفت هذه المذاهب قليلاً بتعداد هذه العيوب وسوف نذكرها بايجاز دون شرح ، ومن أراد الاطالة فعليه الرجوع الى مصادرها .

مذهب المالكية

قال الخرشي[2] : العيوب ثلاثة أقسام :

١) مشتركة بين الزوجين : الجنون والجذام والبرص والعذيطة (الخراءة عند الوطء) والخنثى .

٢) خاصة بالرجل : الجب والخصاء والعنة والاعتراض .

٣) خاصة بالمرأة : الرتق والقرن والعضل والافضاء والبخر .

وقال الشافعية في الوجيز[3] :

يثبت للزوج حق الرد بالعيوب الخمسة : فلكل واحد من الزوجين الخيار بالبرص والجذام والجنون[4] .

ويثبت لها بجبه وعنته ، وله برتقها وقرنها[5] .

---

(١) وقال الاحناف اذا حكم القاضي بالفسخ صح حكمه . المنتقى شرح المنتقى ٤٢٧/١

(٢) شرح الخرشي ٧٣٠/٢ .

(٣) الوجيز ١٨/٢ وقال في المنهاج : اذا وجد احد الزوجين بالاخر جنوناً ولو متقطعاً او جذاماً او برصاً او وجدها رتقاء او قرناء او وجدته عنيناً او مجبوباً ثبت في فسخ النكاح .

(٤) تحفة المحتاج ٣٤٦/٧ .

(٥) نهاية المحتاج ٢٣٧/٥ .

وقال الحنابلة في المغني[١] :

وأي الزوجين وجد بصاحبه جنوناً أو برصاً او كانت المرأة رتقاء ، او قرناء او عفلاء ، او فتقاء ، او الرجل مجنوناً ، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح .

وقال الزيدية في المنتزع المختار[٢] .

العيوب المشتركة : الجنون والجذام والبرص والرق وعدم الكفاءة .

العيوب الخاصة بالزوجة : الرتق والقرن والعقل .

العيوب الخاصة بالرجل : الجب والخصاء والسل (سل الخصيتين) [٣] .

وقال الجعفرية في اللمعة الدمشقية[٤] .

العيوب خمسة : الجنون والخصاء والجب والعنة والجذام .

وقال الاباضية في شرح النيل [٥] في تعداد العيوب :

المجنون والمعتوه ... وكذلك البرص والعنه والجذام والعقل والرتق .

* * *

---

(١) المغنى ٥٩٧/٧ .
(٢) المنتزع المختار ٢٩٥/٢ .
(٣) ويلاحظ انهم لا يذكرون العنة من الاسباب المجيزة للفسخ .
قال في التاج المذهب ٦٦/٢ ؛ لا يفسخ بالعنة وهو المذهب .
وقال المؤيد بالله وزيد بن علي والصادق والباقر والنفس الذكية والناصر : ويفسخ العنين . وحجتهم حديث امرأة رفاعه كما جاء في المحلى ٨٣/١٠ .
(٤) اللمعة الدمشقية بشرح الروضة البهية ١٢٤/٢ .
(٥) شرح النيل ٢٤٤/٣ .

ادلـة الجمهور

١) ما رواه أحمد في مسنده[1] :

إن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار [2] فلما دخل عليهـا فوضع ثوبه وقعد على الفراش ابصر بكشحها بياضا ، فانحاز عن الفراش ثم قال : خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئاً[3] .

وفي رواية أخرى أكثر دلالة : أنه صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخلت عليه رأى بكشحها بياضا واضحاً فردها الى أهلها وقال : دلستم عليّ[4] .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث ان العيب اذا وجد بالمرأة ، فللزوج حق الخيار كما وجد النبي صلى الله عليه وسلم البرص بمن تزوجها فردها الى أهلها ، لان العيب مما تنفر منه النفوس ، والزواج شرع للمحبة والمودة بين الزوجين[5] .

وما دام رسول الله رد زوجته لعيب البرص فيها فكل عيب يشترك مع البرص في علته فيجوز الرد به .

٢) ما رواه البخاري[6] .

---

(١) منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار . ٦/١٥٦ وقد ذكر ان احمد رواه .

(٢) المهذب ٢/٥٠ .

(٣) رد الاحناف هذه الرواية بقولهم : ان معناها لا يخرج عن كونه طلاقاً . قال في البدائع ٣/٣٢٧ : والصحيح من الرواية انه قال لها الحقي بأهلك وهذا من كنايات الطلاق عندنا .

كما رد ابن حزم في المحلى على هذا الحديث بأن في سنده جميل بن زيد وهو متروك . والحديث مرسل ١٠/١١٥

(٤) سبل السلام ٣/١٨٠ .

(٥) مغني المحتاج ٢/٣٠٢ .

(٦) مغني المحتاج ٣/٢٠٣ .

روى البخاري عن النبي عليه السلام أنه قال : « فرَّ من المجذوم فرارك من الاسد » . والفسخ طريق الفرار ولو لزم النكاح مع الجذام لما أمر بالفرار .

ولهذا قالوا ان الجذام من العيوب التي تعطي للسليم من الزوجين الحق في طلب التفريق لان النبي عليه السلام أمرنا بالفرار من المجذوم وهل من فرار الا الفرقة ؟[1] .

وقد روي عن عمر أنه رأى مجذومة تطوف بالبيت فقال لها : يا امة الله لا تؤذي الناس لو جلست في بيتك[2] .

وروي عن النبي عليه السلام أنه لما قدم عليه مجذوم يبايعه أرسل اليه بالبيعة ولم يأذن له في دخول المدينة[3] .

٣) ما رواه بعض الصحابة والتابعين :

عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب قال : ايما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجدها برصاء أو مجنونة فلها الصداق بمسه اياها ويرجع على من غره[4] .

وعن علي : ايما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها ان أمسك وان شاء طلق[5] .

وعن الشعبي في الذي يجد امرأته برصاء أو مجنونة او مجذومة او ذات قرن ان دخل بها فلها مهرها . وان علم قبل الدخول ان شاء أمسك وان شاء فارق بغير طلاق[6] .

---

(١) وكذلك فسر الاحناف الفرار هنا بالطلاق . قال في فتح القدير : ٢٦٧/٣ – ولو ثبت الحديث بالمعنى الذي اراده الشافعي فالفرار يفسر ايضاً بالطلاق .
(٢) شرح المواق علي خليل ٤٩٧/٣ .
(٣) فتاوى ابن تيمية ١٠٩/٤ .
(٤) الام ٧٦/٥ .
(٥) المحلى ١١٠/١٠ .
(٦) المصدر السابق ١١٠/١٠ .

الفــرع الثاني

هل العيوب التي اوردها الفقهاء جاءت على سبيل الحصر ؟...

اذا وجد عيب بأحد الزوجين لم يرد ذكره في كتب الفقهاء ، فهل يجوز للطرف الآخر أن يطلب التفريق لاجله اذا استعصى شفاؤه او كان من الامراض السارية التي يخشى انتقالها اليه او الى أولاده ؟ ... وبعبارة أخرى هل ما نقل الينا في كتب المذاهب المختلفة التي أجازت التفريق للعيوب جاء على سبيل التمثيل ، فيقاس غيره عليه أم جاء على سبيل الحصر بحيث لا يقاس غيره عليه ؟ ...

اذا نظرنا الى ظاهر النصوص ، نجد ان جمهور الفقهاء قالوا بحصر هذه العيوب بما عددوه منها وما ذكروه ، ولكن لو أمعنا النظر في تعليلاتهم لهذه الامراض والعيوب لقلنا انها ليست محددة بل يجوز القياس عليها .

ومع هذا فقد جاء فريق من الفقهاء وذكر صراحة ان العيب اذا وجد بأحد الزوجين ، وكان مما لايستطاع به استمرار الحياة الزوجية ، ما دام شريكه مريضاً بهذا المرض ، فله حق طلب التفريق من القاضي وعليه ان يفرق بينهما .

وعلى هذا فسنبحث رأي من قال بعدم الحصر ثم نأتي بأقوال جمهور الفقهاء الذين نصوا صراحة على أنه لا رد بغير تلك العيوب التي أوردوها ، ثم نناقش ما ذهبوا اليه وما نستنبطه من آرائهم المختلفة في شتى مؤلفاتهم .

* * *

من قال من الفقهاء بعدم حصر العيوب

قال بعض الزيدية ، وبعض الحنابلة : الى ان كل عيب ينفر منه الزوج او الزوجة يحق للسليم منهما ان يطلب التفريق .

وهو قول الزهري : يرد النكاح من كل داء عضال .

وقول ابني ثور ومعمر[1] .

وقال الامام محمد من الحنفية الى أنه يحق للزوجة ان تطلب التفريق من زوجها اذا وجدت به أي عيب لا تستطيع الحياة معه بوجوده . — وهذا على ما حققناه من مذهبه . —

ومن الزيدية ، قال القاضي حسين بعدم حصر العيوب التي تجيز لا حد الزوجين التفريق بسببها .

فقد جاء في المنتزع المختار[2] :

وقال القاضي حسين : انها غير منحصرة ، بل ما منع من توقان النفس وكسر الشهوة فأنه يرد به النكاح .

ومن الحنابلة : ذهب ابن تيمية وابن القيم وابو البقاء العكبري الى رد النكاح بجميع العيوب المنفرة .

وقال ابن تيمية في الاختيارات العلمية[3] : وترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع .

---

(١) المحلى ١٠/١١٢ روى من طريق عبد الرزاق عن معمر قال في هذه العيوب في النكاح : ما كان يشبهها فهو مثلها .

(٢) المنتزع المختار ٢/٢٩٣ .

(٣) الاختيارات العلمية ص ١٣١ .

وقال ابن القيم في زاد المعاد[1] .

« وأما الاقتصار على عيبين او ستة او سبعة او ثمانية دون ما هو أولى منها ، أو مساو لها فلا وجه له . فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين والرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين .

ويقول : والقياس : ان كل عيب ينفر الزوج الآخر منه لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة توجب الخيار .

ويقول : وكيف يمكّن أحد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة من البرص ، ولا يمكّن منه بالجرب المستحكم المتمكن وهو أشد إعداء من ذلك البرص اليسير ، وكذلك غيره من أنواع الداء العضال .

وجاء في الانصاف[2] :

وقال ابو البقاء العكبري : « يثبت الخيار بكل عيب » حتى أنه بالغ كثيراً فقال : « لو ذهب ذاهب الى أن الشيخوخة في أحدهما يفسخ بها : لم يبعد » .

* * *

---

(١) زاد المعاد ٤/٤٣ .
(٢) الانصاف ٨/١٩٨ .

مذهب الامام محمد من الحنفية

ذكرت معظم كتب الفقه الحنفي ان الامام محمداً خالف أبا حنيفة وأبا يوسف في التفريق للعيوب حيث أضاف ثلاثة فقط هي الجنون والجذام والبرص فاذا وجد أحدها بالزوج فللزوجة أن تطلب التفريق لاجلها ، اما اذا وجدت بالزوجة فلا يملك حق التفريق لانه يملك الطلاق .

جاء في فتح القدير [١] : ولها هي الخيار بعيب فيه من الثلاثة : الجنون والجذام والبرص . ومثل ذلك ما جاء في حاشية ابن عابدين[٢] .

وذكر في البحر الرائق [٣] : « ان الامام محمداً خالف أبا حنيفة وأبا يوسف بالجذام والبرص والجنون اذا كانت بالزوج فتخير المرأة » .

وقد نقلت أكثر الكتب الحديثة على ان مذهب الامام محمد الحصر في هذه العيوب بحيث لو وجد عيب آخر بالزوج لا تملك الزوجة حق طلب التفريق لاجله ما عدا العيوب التناسلية المتفق عليها في المذهب .

غير اني حققت في هذا الموضوع فتبين لي ان مذهبه عدم الحصر .

ولم أر من قانون شراح الاحوال الشخصية في مصر وسورية من تعرض لتحقيق مذهب محمد اللهم الا ما كتبه استاذنا الدكتور مصطفى السباعي في شرحه الاحوال الشخصية[٤] في سورية وقد ذكر أيضاً للدكتور محمد سلام مدكور في كتابه المدخل الفقهي [٥] .

(١) فتح القدير ٣/٢٦٧ .
(٢) ابن عابدين ٢/٦١٣ .
(٣) البحر الرائق ٤/١٣٧
(٤) شرح الاحوال الشخصية للدكتور السباعي ص ١٦٦ .
(٥) المدخل الفقهي للدكتور مدكور ص ٦٩٣ .

تحقيق مذهب محمد في التفريق المعيوب

جاء في المحيط [1] :

قال محمد رحمه الله : وللمرأة الخيار في الجنون والجذام وكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر .

ألا ترى أنه يثبت لها الخيار في الجب والعنه .

وجاء في السراج الوهاج[2] قال الكرخي : العيوب الموجودة في الزوج لا تثبت الخيار للمرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف الا الجب والعنة والخصاء .

وقال محمد : الجنون والجذام أيضاً وكل عيب لا يمكن المقام معه الا بضرر . وجه قول محمد : ان المرأة يلحقها الضرر بالمقام مع المجنون أكثر مما يلحقها بالمقام مع العنين فاذا ثبت لها الخيار في العنه فههنا أولى .

وفي البدائع [3] :

وقال محمد : خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط للزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح .

وحجة محمد : ان الخيار في العيوب الخمسة (التناسلية) انما ثبت لدفع الضرر عن المرأة وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك لأنها من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الخيار فلأن يثبت بهذه أولى بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب بجانب الزوجة .

---

(١) من نفائس المخطوطات العربية في مكتبة الازهر رقم ٣٤٨٨ .

(٢) السراج الوهاج للامام الحدادي وهو من مخطوطات المكتبة الازهرية القيمة (٣٧١) ٧٥٥٣(٥٤٨٠٨)

(٣) البدائع ٢/٣٢٧ .

وجاء في تبيين الحقائق[1] :

وقال محمد رحمه الله ترد المرأة اذا كان بالرجل عيب فاحش بحيث لا تطيق المقام معه لأنها تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان كالجب والعنه .

وفي فتح المعين[2] :

قال محمد رحمه الله لها الخيار اذا كان بالزوج عيب فاحش لا تطيق المقام معه لأنها تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنه .

ونقل صاحب در المنتقى عن القهستاني قوله[3] :

« انها تتخير عند محمد بكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر » .

كما نقل عن القهستاني الطحطاوي[4] :

والحق بها القهستاني كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر .

وجاء في المبسوط[5] :

وعلى قول محمد لهذا الخيار اذا كان على حال لا تطيق المقام معه لأنه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا أو عنيناً .

* * *

---

(١) تبيين الحقائق ٣/٢٥ .
(٢) حاشية ابو السعود علي منلا مسكين ٣/١٤٣ .
(٣) مجمع الأنهر وفي حاشية الدر المنتقى ١/٤٧١ .
(٤) الطحطاوي على الدر ٢/٤٧١ .
(٥) المبسوط ٤/٩٧ .

من قال بحصر العيوب الموجبة للتفريق

قال جمهور الفقهاء الذين أجازوا التفريق للعيوب والأمراض ، ان ذكر هذه العيوب جاء على سبيل الحصر فلا يقاس غيرها عليها .

غير أننا اذا رجعنا الى التعليل الذي ذكروه سبباً للتفريق من جهة والى اضطراب النقل في تعداد هذه العيوب في مختلف كتب المذاهب التي أجازت ذلك من جهة أخرى لتبين لنا خلاف ذلك :

وها نحن نستعرض نصوص الفقهاء التي نصت على عدم الحصر ثم نذكر علة التفريق من كتبهم ايضاً

١) نصوص الفقهاء في حصر العيوب :

الشافعية

جاء في الام [١] : ولا خيار في النكاح عندنا الا من اربع

وفي مغني المحتاج[٢] : بعد أن ذكر العيوب التي تجيز التفريق قال : واقتصار المصنف (يعني النووي) على ما ذكر من العيوب يقتضي أنه لا خيار فيما عداها .

---

(١) الام ٥/٧٥ . ويقول الشافعي رحمه الله : ولو تزوج الرجل امرأة على انها جميلة شابة موسرة تامة بكر فوجدها عجوزاً قبيحة معدمة قطعاء ثيباً او عمياء او بها ضر ما كان الضر غير الاربع التي سمينا فيها الخيار فلا خيار له » .
هذا ما ذكره الامام الشافعي والذي اراه اذ يجب حمل كلامه على عدم الاشتراط اما لو اشترط صفة معينة فبان خلافها كان الأمر على خلاف ذلك وجاز له التفريق للتغرير ولعدم توافر الرضا الكامل الذي يعتبر ركناً بالعقد .

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٠٢ .

المالكية :

جاء في بداية المجتهد[1] : واتفق مالك مع الشافعي على ان الرد يكون من اربعة عيوب .. واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب .
وقد نقل ابن حزم عن مالك أنه قال : « لا رد الا من العيوب الاربعة[2] ».

الحنابلة :

جاء في الفروع[3] : « ولا فسخ لاحد بغير هذه العيوب المذكورة ».

الزيدية :

جاء في المنتزع المختار [4] : « والجمهور ان عيوب النكاح منحصرة ».
وجاء في االمجموع[5] : « يرد النكاح من أربع : من الجذام والجنون والبرص والعنه ... » .

الجعفرية :

جاء في اللمعة الدمشقية[6] : العيوب خمسة : الجنون والخصاء والجب والعنه والجذام ».

الاباضية :

جاء في شرح النيل[7] : ولا رد بغير تلك العيوب .

---

(١) بداية المجتهد ٣٢/٢
(٢) المحلى ١١٢/١٠ .
(٣) الفروع ٧٣/٣ .
(٤) المنتزع المختار ٢٩٥/٢ .
(٥) المجموع الفقهي ٧٧/٤ .
(٦) اللمعة الدمشقية ١٢٤/٢ .
(٧) شرح النيل ٢٤٤/٣ .

٢) تعليل الفقهاء التفريق للعيوب :

الشافعية :

يقول الشافعي في تعليل الرد بالجذام والبرص لان كلا منهما يعدي الزوج ويعدي الولد .

ويقول كما نقل صاحب مغني المحتاج(١) : « ان الجذام والبرص مما يزعم أهل العلم والطب والتجارب أنه يعدي كثيراً وهو مانع للجماع لا تكاد نفس أحد تطيب أن يجامع من هو به ، والولد قل ما يسلم منه فان سلم أدرك نسله » .

فهذا النص يفيدنا : — ١) ان كل مرض قال عنه الاطباء أنه يسري الى غير المريض بالعدوى يجوز به التفريق .

٢) وكل ما يمنع الجماع فهو كذلك .

٣) اذا كان المرض منفراً لاحد الزوجين فللآخر طلب الفسخ .

المالكية :

قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢) :

واختلف أصحاب مالك في العلة التي من اجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل .

وقيل لان ذلك مما يخفى ومجمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى .

وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء . وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والفرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم أنه مما خفي على الزوج .

ومن هذا النص نرى ١) أنه يمكن أن نعتبر كل مرض من الأمراض السارية التي تنتقل الى الغير بواسطة العدوى سبباً مبرراً للتفريق بين الزوجين على التعليل الثالث .

---

(١) مغني المحتاج ٢٠٣/٣ ونقل مثل ذلك المزني في مختصره ٥/٤ .

(٢) بداية المجتهد ٣١/٢ .

٢) وعلى التعليل الثاني أيضاً يمكن أن نعتبر سائر العيوب المنفرة والسارية في الزوجة سبباً للتفريق بين الزوجين اذا كان الزوج السليم لا يعرف بها . وسوف نرى أن من جملة شروط الفسخ بالعيوب الا يكون السليم على علم بها فلا مجال اذن لجعله علة .

وقال الخرشي [١] : ان تلك العيوب مما تعافها النفوس ، وتنقص الاستمتاع ، او لانها تسري الى الولد ، او لان الجذام او المجنون شديد لا يستطاع الصبر عليه .

ويقول المواق[٢] : قال التميمي في الجذام : ترد المرأة به وان كان قليلاً لأنه يخشى حدوثه بالاخر وقل ما سلم الولد وان سلم كان في نسله .

هذا فضلاً عما جاء في مؤلفات المالكية من تعداد للعيوب بشكل واسع حتى عدّ الخرشي بخر الفم أو الأنف عيباً يرد به النكاح[٣] .

الحنابلة :

وجاء في المغنى [٤] : اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبرص يثيران نظرة في النفس ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ..

ومن هذا النص يمكن أن نستخلص أيضاً النتائج التالية :

١) كل عيب منع المقصود من الاستمتاع . أي كل عيب جنسي .

٢) كل عيب سبب نفرة في النفس وخشي تعديه الى النسل أي العيوب المعدية السارية .

٣) كل ما خشي منه الضرر كالجنون .

ثم نحن اذا رجعنا الى كتب الحنابلة نرى انهم توسعوا في تعداد العيوب حتى تكاد

---

(١) شرح الخرشي ٣/٧٥ .

(٢) شرح المواق علي خليل ٣/٤٨٤ .

(٣) شرح الخرشي المصدر السابق .

(٤) المغني ٧/٥٧٩ .

نقول انهم لم يتركوا عيباً عرفوه في زمانهم الا وذكروه .

قال في الانصاف[1] : واختلف أصحابنا في البخر واستطلاق البول والقروح السيالة في الفرج والناسور والباسور والخصي والسل (رض الخصيتين) وفي كونه خنثى ... هل يثبت الخيار ؟ على و جهين .

الزيدية :

وكذلك فان الزيدية على الرغم من ان جمهورهم ذهب الى أن العيوب منحصرة فان كتبهم اضطربت في تعداد هذه العيوب مما نستطيع القول انها غير منحصرة .

جاء في البحر الزخار . بعد ان ذكر العيوب وانها منحصرة – قال الشارح : وكذا لها أن تمنع نفسها اذا كان قد ظهر بالزوج داء الزهري[2] .

ونقل في الروض النضير عن علي عليه السلام : ان رجلاً تزوج امرأة فوجدته عذيوطاً فكرهته ففرق بينهما[3] .

وقال في المنتزع المختار نقلاً عن الانتقاء : المختار أنه يرد (النكاح) بالجنون لما فيه من الوحشة والتنفير[4] .

الجعفرية :

وأما الجعفرية فقد اختلف النقل في كتبهم في تعداد العيوب المجيزة للفسخ اختلافاً يدعونا ان نقول كما قلنا سابقاً بأنه لا حصر عندهم للعيوب . فضلاً عن تعليلهم للفسخ بالعيوب انها من الامراض المؤذية المنفرة .

فقد جاء في قواعد الاحكام للحلى[5] .

قال ابن البراج في التهذيب : ان البرص والجذام مشترك بين الرجل والمرأة :

١ – لعموم قول الصادق انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون .

٢ – ولأنه يؤدي الى الضرر اذ هو من الامراض المؤذية .

---

(١) الانصاف ١٩٥/٩ .

(٢) البحر الزخار ٦٠/٣ .

(٣) الروض النضير ٨٠/٤ .

(٤) المنتزع المختار ٢٩٥/٢ .

(٥) قواعد الاحكام للحلي ٣٣/٢ .

٣ ــ ولا نتفاء شهوة الجماع معه .

٤ ــ ولأنه عيب في المرأة ففي الرجل أولى اذ الرجل له سبيل الى التخلص بالطلاق دون المرأة .

ويقول صاحب اللمعة الدمشقية : ان العيوب خمسة : الجنون والخصاء والجب والعنه والجذام[1] .

ثم يقول الشارح : واعلم ان القائل يكونه عيباً (الجذام) في الرجل الحق به البرص لوجوده معه في النص الصريح .

وشاركه له في الضرر والاضرار والعدوى فكان ينبغي ذكره معه .

وفي التهذيب[2] عن أبي جعفر قال : ترد البرصاء والعمياء والعرجاء .

وزاد في من لا يحضره الفقيه[3] : والجذماء .

وقال الكليني[3] : وعن أبي عبد الله ترد البرصاء والمجنونة والمجذومة .

وجاء في المختصر النافع : ان عيوب الرجل أربعة وعيوب المرأة سبعة[4] .

وقال : عيوب الرجل : الجنون والخصاء والعنة والجب .

و عيوب المرأة الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد[5] .

---

(٢) الروضة البهية ٢/١٢٤ .

(٣) التهذيب ٢/٢٣٢

(٤) من لا يحضره الفقيه ص ٣٢٣

(١) الكليني ٣/٢٩ .

(٢) المختصر النافع ص ٢١٠

(٣) انظر خلاف ذلك في الزواج والطلاق للشيخ محمد جواد مغنيه ص ٥٢ . وقال الاماميه : لا يفسخ الزوج بجنون زوجته ، حيث يمكن الطلاق وتفسخ هي بجنون زوجها ، سواء كان لجنون قبل العقد ، ام حدث بعده ، وبعد الدخول .

ويقول أيضاً ص ٥٣ : قال الاماميه : البرص والجذام من العيوب التي يفسخ بها الرجل دون المرأة على شريطة ان يحدث احدهما قبل العقد ، وان يكون الرجل جاهلا به ، ولا يحق للمرأة ان تفسخ اذا كان احد هذان العيبين في الرجل .

هل يعتبر عقم احد الزوجين سببا لطلب التفريق بينهما ؟

قلنا ان العيوب التي تجيز طلب التفريق بين الزوجين إما أن تكون جنسية أو منفرة أو مخوفة ، فهل العقم من هذه الانواع ؟ ...

يبدو أن العقم الذي هو عبارة عن العجز عن الانسال مع استكمال المتعة الجنسية بين الزوجين يختلف عن تلك الانواع ؟ .. (١)

ولكن اذا لاحظنا ان غاية الزواج وهدف الزوجين هو اسمى من أن يكون متعة جنسية لا ثمرة لها ، بل ان في جعل الزواج في هذه المنزلة نزولا به عما وضعه الله فيه ، وحيث رفعه ، فالزواج في الاسلام وسائر الشرائع عقد مقدس باركته السماء ليكــون نواة لأسرة طيبة ، فاذا تعذر تحقيق ذلك كما لو كان أحد الزوجين عقيما فأن أمل كل منهما قد تلاشى حيث كان يرغب في أن يرى له بنين هم زينة الحياة الدنيا .

اذا لاحظنا ذلك وجدنا ان العقم لا يقل أهمية عن سائر العيوب ان لم يكن من أعظمها شأناً .

ان من الظلم الذي لا يرضاه الاسلام أن تعيش الفتاة صباها دون أن ترى بين ذراعيها طفلاً تداعبه وتلاعبه اسوة ببقية النساء ، وليس في تحقيق رغبتها في التفريق ضرر على الزوج ، اذ كثيراً ما يحدث أن يتفرق الزوجان فيتزوج كل منهما غير صاحبه فيكون التوالد والانسال حتى من الطرف العقيم ، أفلا يعد التفريق في هذه الحالة مصلحة مؤكدة للزوجين والاسرتين والمجتمع ؟ .

وبالرغم من احداً لم يتعرض لهذا الموضوع — في حدود ما اطلعت عليه — فأني أرى ان عقم أحد الزوجين سبب مبرر للتفريق ومما يؤيد وجهة نظري :

---

(١) يمكن ان نعتبر العقيم بعكس العنين فالاول يتوافر فيه المتعة الجنسية كاملة دون انسال بينما العنين قــد يكون قادراً على الانسال دون الجماع .

١ ــ ما رواه ابن سيرين ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلاً على بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيما فقال له عمر رضي الله عنه : اعلمتها أنك عقيم ؟ ... قال : لا ... قال : انطلق فأعلمها ثم خيرها .

ووجه الاستدلال ان عمر بن الخطاب اعتبر السكوت عن العقم تدليساً لا يصح اخفاؤه ، ولهذا أمره أن يذهب لزوجته ويخبرها بأنه عقيم ويخيرها فان شاءت البقاء وان رغبت بالفراق فليفارقها(١) .

٢ ــ وقد نقل الغزالي في الاحياء في آداب النكاح آثاراً وأحاديث تحث على تفضيل من تلد من النساء على غيرها وذلك لانجاب الأولاد .

فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان ينكح كثيراً ويقول إنما انكح للولد .

وقال عليه السلام : خير نسائكم الولود الودود .

وقال أيضاً : سوداء ولود خير من حسناء لا تلد(٢) .

وهذه كلها وان كانت من قبل التفضيل ولكنها تعطينا فكرة عن أهمية التوالد بين الزوجين .

ولا فرق في رأيي بعد عقم الزوجة وعقم الزوج وان خصت هذه الآثار الزوجة إلا أنها ليست على سبيل الحصر فكما ان رغبة الزوج أن يكون لزواجه ثمرة وهي البنين فكذلك الزوجة . ولكن خصت الزوجة بالذكر لأنها هي في الغالب العامل الفعال الأكثر في الانسال .

بل ان عقم الزوج أشد أثراً من عقم الزوجة ، اذ الزوج يستطيع أن يتزوج امرأة ثانية دون أن يطلق فتلد له البنين ، أما الزوجة فلا تستطيع ذلك إلا بالطلاق .

٣ ــ ان الفقهاء الذين لم يحصروا العيوب وقد وجدنا ــ بعد التحقيق ــ ان أكثرهم لا يحصر العيوب بعدد معين ، قد ذكروا من العيوب التي تجيز الفسخ مما هو أقل بكثير من عيب العقم في أحد الزوجين فالفسخ للعقم أولى من تلك العيوب .

---

(١) زاد المعاد ١٤/٤

(٢) الاحياء للغزالي ٢١/٢ .

٤ — وفضلاً عن هذا كله فاني أرى ان الزوجة التي تحققت أو يئست من عقم زوجها وهي بحاجة الى الاولاد ككل انسان ليس من العدالة أن نحرمها حقاً منحته أياها السماء ونحكم عليها بالشقاء والحرمان من عاطفة الامومة مدى الحياة بدون ذنب أو جناية اللهم الا ان حظها التعيس ساقها في يوم من الأيام الى هذا الرجل المسكين .

ان المصلحة ، والضرورة ، وتحقيق هدف الزواج ، كل هذه أمور تستدعي اعتبار العقم سبباً للتفريق بين الزوجين ، ومن الطبيعي أنه لا مجال للتفرقة بين عقم الزوج وعقم الزوجة ، خاصة وقد سوينا بينهما في سائر العيوب .

على أنه حرصاً منا على بقاء الحياة الزوجية وانقاذ ما يمكن انقاذه فاني أرى أن التفريق لاجل العقم يجب أن يراعي فيه القاضي او المشرع الاعتبارات التالية :

١ — وجود اولاد لطالب التفريق كما لو كان متزوجا قبل ذلك وله أولاد او طرأ العقم بعد انجاب عدد من البنين ، أو عدم وجود أولاد البتة .

٢ — التحقيق من عقم المدعى عليه . والا فيكفي مضي خمس سنوات في رأينا على الزواج بدون انجاب لاعتباره غير قابل للانسال .

٣ — مراعاة سن كل من الزوجين وقابليته للانجاب فيما لو تفرقا .

٤ — وأن لا يكون طالب التفريق عقيماً بشكل محقق(١) .

ولا نعني بهذا ان الحياة الزوجية أساس سعادتها الوحيد هو انجاب البنين ، فرب زوجين متحابين لا ولد لهما لا يفرق بينهما عقم ولا سواه خير من زوجين رزقا الكثير من الأولاد ، فالولد كما يكون نعمة لأبويه قد يصبح نقمة عليهما .

انما نقصد بذلك بيان مدى ما اعطاه الشارع من حرية تامة لكلا الزوجين بأن يعيش كل منهما حياة ملؤها السعادة والثقة والمودة والمحبة فان توفرت وإلا ان شعر احدهما ان سعادته على خلاف ذلك كان له أن يختار ما يحقق مبتغاه ضمن حدود الشرع والقانون .

---

(١) يعرف اليوم بالخبرة الطبية العقم المحقق او المشكوك فيه . راجع : دائرة المعارف التناسلية للدكتور كامل برادة ص ١٤٧

الفــرع الثالث

شروط الخيار لدى المذاهب التي اجازت التفريق للعيوب

شروط الخيار لدى الشافعية :

لا فرق بالعيب قبل الدخول او بعده :

لم يفرق الشافعية في العيب الموجب للخيار ان وجد بأحد الزوجين قبل الدخول او بعد الدخول ولا فرق ان كان بالزوج ام بالزوجة فلكل منهما حق طلب التفريق وان توفرت شروط ذلك .

قال في مغني المحتاج [(١)] :

اذا حدث بعد العقد عيب تخيرت قبل الدخول جزما وبعد الدخول على الاصح لحصول الضرر به .

وقال[(٢)] : واذا حدث بها عيب قبل الدخول وبعده تخير كما لو حدث به .

وجاء في المهذب[(٣)] :

وان حدث بعد العقد عيب يثبت لنا الخيار فان كان بالزوج ثبت لها الخيار لان ما ثبت به الخيار اذا كان موجودا حال العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعد العقد كالاعسار بالمهر والنفقة .

وان كان بالزوجة ففيه قولان : أحدهما يثبت من له الخيار وهو قوله في الجديد وهو الصحيح لان ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعده كالعيب في الزوج .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٣ .
(٢) المصدر السابق ٣/٢٠٣ .
(٣) المهذب ٢/٥١ .

والثاني : وهو قوله في القديم « أنه لا خيار له لأنه يملك أن يطلقها » .

وقال في الأم[1] : وان علمت قبل أن تنكحه أنه عنين ثم رضيت نكاحه أو علمت بعد نكاحه ثم رضيت المقام معه فلا يقطع خيارها .

جاء في تحفة المحتاج [2] :

يسقط الخيار إذا علم بالعيب ثم وطىء . أما العنه فلا يسقط الخيار بالعلم لأنها قد تحصل في امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح .

* * *

هل هذا الحق على التراخي أم على الفور :

واشترط الشافعية لمن له حق الخيار أن يطلب التفريق فور علمه به فإذا تراخى في طلبه سقط حقه واعتبر هذا رضا منه بعيب صاحبه . فإذا مضى وقت كان يستطيع فيه أن يطلب التفريق ولم يفعل سقط خياره .

قال في الوجيز [3] : وهذا الخيار على الفور .

وقال في المهذب [4] : والخيار في هذه على الفور لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار في البيع .

ما استثنوه من الفورية في طلب التفريق :

بما أن الشافعية لم يعتبروا علم المرأة بعنة زوجها موجباً لسقوط حقها في طلب التفريق للعنة وذلك لأن العنة قد تختلف من وقت لآخر ومن زوجة لزوجة فقد يكون الزوج عنيناً مع زوجة وغير عنين مع زوجة أخرى ، ولهذا لم يعتبروا علم المرأة مسقطاً لحقها وكذلك هنا لم يوجبوا الفورية لها في طلب التفريق فقالوا يؤجل سنة بناء على طلب القاضي .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٤ .

(٢) تحفة المحتاج ٧/٣٠١ .

(٣) الوجيز ٢/١٨

(٤) المهذب ٢/٥٢ .

قال في مغنى المحتاج[1] : والفسخ بالعيوب على الفور الا في العنه فإنه يمهل سنة ولو ادعى جهل الفور يقبل عذره . وادعى أنه علم بالعيب وجهل الخيار قبل قوله بيمينه .

هل للمريض أن يطلب التفريق :

قال الشافعية لا يجوز للمريض أن يطلب التفريق انما الحق للسليم منهما .

فقد جاء في تحفة المحتاج : لا خيار إلا للسليم[2] أما لو كانا مريضين سواء بمرض واحد أم اختلف المرض فلكل منهما حق الفسخ .

بطلان الفسخ

إذا فسخ أحد الزوجين بموجب حق الخيار ثم تبين له أن صاحبه لا عيب فيه قالوا يبطل الفسخ .

فقد جاء في مغنى المحتاج[3] : ومن ثبت له الخيار في الفسخ ففسخ بعيب ظنه ثم تبين أنه ليس بعيب بطل الفسخ .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٤ .
(٢) تحفة المحتاج ٧/٣٤٦ .
(٣) مغني المحتاج المصدر السابق .

شروط الخيار في العيب لدى الحنابلة

هل يشترط أن يكون العيب قبل الدخول :

في المذهب الحنبلي قولان : في حق الفسخ بالعيب بعد الدخول .

قال بعضهم إن وجد العيب بعد الدخول فلا خيار له .

وقال آخرون أن حق الخيار ثابت لأي من الزوجين اذا وجد بزوجه عيباً سواء أكان قبل الدخول أو بعد ذلك .

جاء في المحرر[1] : وان حدث به بعد العقد ، قال القاضي : له الخيار . وقال أبو بكر وابن حامد : لا خيار له .

هل هذا الحق يثبت فور العلم به أم أنه على التراخي :

يثبت حق الخيار بالتراخي ما لم يدل على الرضا ممن له حق الفسخ فإذا رضي بعيب صاحبه سقط حقه وقيل أنه على الفور .

قال في المغنى[2] : خيار العيب ثابت على التراخي . وقال القاضي أنه على الفور[3] .

وجاء في الانصاف [4] : وان علم بالعيب وقت العقد أو قال رضيت به معيباً أو وجد منه دلالة على الرضا من وطء او تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له بلا خلاف في العلم بالعيب أو الرضا به . أما التمكين ففيه خلاف .

واستثنى الحنابلة العنة من ذلك فقالو ا لا يسقط حق الزوجة بالفسخ لعنة زوجها ولو علمت بذلك ما لم تصرح بالرضا فيسقط خيارها .

---

(١) المحرر ٢/٢٥

(٢) المغني ٧/٥٨٤ .

(٣) ويترتب على القولين : انه على القول الاول فالخيار لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا به من قول او استمتاع من الزوج او التمكين من المرأة . وعلى القول الثاني : فالخيار يسقط اذا علم به واخر الفسخ .

(٤) الانصاف ٨/١٩٩ .

جاء في الفروع[1] : ولا يسقط في عنة بلا قول ويسقط به .

وعلل صاحب المغنى ذلك بقوله[2] : لأنها رضيت بالعيب ودخلت في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار ، أي أن الزوجة لا يسقط حقها في الفسخ لعنة زوجها إلا إذا قالت صراحة أني لا أقبل به أو رضيت بعنته . فلو سكتت لا يعتبر سكوتها رضا فإذا تكلمت دل على رضاها ومتى رضيت سقط حقها بالخيار .

اذا رضي احد الزوجين بعيب صاحبه أو ظهر غيره من العيوب فهل له الخيار :

قال في المغنى[3] : اذا زاد العيب عما رضي به فلا خيار ، أما ان رضي بعيب فظهر غيره فله الخيار . وان ظهر العيب يسيراً فبان كثيراً ، كمن ظهر ان البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لانه من جنس ما رضي به . وان رضي بعيب فبان به غيره فله الخيار لأنه وجد به عيباً لم يرض به ولا بجنسه فثبت له الخيار .

هل يشترط بقاء العيب حتى طلب التفريق :

اشترط الحنابلة قيام العيب حتى يوم طلب التفريق فاذا ما زال قبل ذلك فلا موجب للتفريق .

جاء في الاقناع [4] : ومتى زال العيب فلا فسخ .

بطلان الفسخ : — وقال في الاقناع[5] : ولو فسخت بعيب فبان ان لا عيب بطل الفسخ .

---

(١) الفروع ٧٦/٣ .
(٢) المغني ٦٠٧/٧ .
(٣) المصدر السابق ٥٨٤/٧ .
(٤) كتاب القناع ٨٧/٥ .
(٥) المصدر السابق ٧٨/٥ .

شروط الخيار في العيوب عند الجعفرية

قال الجعفرية يشترط أن يكون العيب قبل العقد ما عدا جنون الرجل وقد فرقوا في العيوب حسب نوعها ، وما اذا كانت في الرجل او في المرأة .

عيوب الرجل [1] : —

١) اذا كان الرجل مجنوناً أو أصيب بالجنون سواء أكان قبل العقد أو بعده وسواء دخل بزوجته أو لم يدخل ، فللزوجة حق الخيار وطلب الفسخ .

٢) أما عيب العنه في الرجل فللمرأة طلب الفسخ سواء كان حين العقد أم بعد العقد ما لم يكن دخل بها فان دخل بها سقط حقها .

قال في الروضة البهية[2] فلو وطأها في ذلك النكاح ولو مرة واحدة او وطء غيرها فليس بعنين[3] .

وأما بقية العيوب فثلاثة أقوال :

فان أصيب بها الرجل حين العقد او كان مصاباً بها قبل العقد ولم تعلم بها الزوجة فلها حق طلب الفسخ ، أما اذا وجدت بعد العقد فلا خيار للزوج لان العقد تم لازماً ولا دليل على فسخه .

وقيل يفسخ بها مطلقاً سواء وجدت قبل العقد او بعده حتى ولو دخل بها لانها

---

(١) الروضة البهية ١٢٥/٢ .

(٢) المصدر السابق ١٢٦/٢ .

(٣) ويقول الامامية : لا يثبت خيار الفسخ للزوجة بسبب العنه الا اذا ثبت عجز زوجها مع جميع النساء، فلو عجز عن زوجته فقط وقدر على غيرها فلا يعتبر عنيناً لديهم لأنهم يقولون من قدر على امرأة لا يكون عنيناً بالمعنى الصحيح ولعله مرض موقت ، وهذا خلاف لجمهور الفقهاء الذين يثبتون للزوجة حق الفسخ للعنه ولو كان بالنسبة لها فقط لأن الضرر حاصل وخاصة وان القاضي يؤجل التفريق سنة كاملة املا بالشفاء

عيوب تشارك العيوب الموجودة حين العقد في الضرر ولا موجب للتفرقة بينهما .

وفصل آخرون فقالوا يفسخ ولو حدثت هذه العيوب بعد العقد على أن لا يكون قد دخل بها أما لو دخل فلا خيار لها .

جاء في شرائع الاسلام[1] :

العيوب الحادثة للمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ وما يتجدد بعد العقد والوطء لا يفسخ به ، وفي التجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد : أظهره أنه لا يبيح الفسخ تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض .

عيوب المرأة [2] :

للزوج حق الخيار اذا وجد إمرأته معيبة بأحدى العيوب المنصوص عنها سواء أكانت حين العقد أو قبل العقد ولم يطلع عليها او لم يرض بها . أما العيب الطارىء في الزوجة بعد العقد ففيه ثلاثة أقوال :

١) لا خيار للزوج بالعيوب الطارئة بعد العقد على المشهور تمسكاً بإصالة اللزوم واستصحاباً لحكم العقد .

٢) وقيل يفسخ بالعيب الطارىء مطلقاً لعمومية النصوص التي جاءت بالفسخ .

٣) وقال بعضهم : يفسخ الزوج بعيب في امرأته ولو حدث بعد العقد اذا كان لم يدخل بها وذلك لما روى عن أبي عبد الله :

« يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والقرن ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا [3] .

ما يسقط الخيار :

إذا علم أحد الزوجين بعيب صاحبه ورضي به سقط حقه في الخيار ، والرضـــا

---

(١) شرائع الاسلام ٣١/٢

(٢) الروضة البهية ١٢٦/٢

(٣) التهذيب ٢٣٣/٢ الكافي ٣٠/٣ من لا يحضره الفقيه ص ٣١٢

قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنياً ، كما لو جامع الزوج زوجته مثلا أو مكنته من نفسها فلا خيار لأحدهما .

جاء في الاستبصار[1] : ان كان علم بذلك قبل أن ينكحها ثم جامعها فقد رضي بها.

ويشترط الفسخ فور العلم به :

اذا علم السليم بعيب الآخر فله أن يطلب الفسخ فور علمه به فاذا تراخى في طلبه اعتبر سكوته رضاء وسقط حقه في الفسخ الا اذا كان العيب مختلفاً فيه فيحتاج الى حكم القاضي بالتفريق .

قال في جواهر الكلام[2] : وخيار الفسخ على الفور بلا خلاف أجده فيه ... فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر أحدهما بالفسخ لزم العقد .

وقال : ان العيب ان كان ظاهراً لا نزاع فيه بينهما وإن توقف ثبوته على المرافعة الى الحاكم فالفورية في المرافعة الى الحاكم فاذا ثبت اختار الفسخ فوراً .

لو رضي بعيب ثم اتسع :

لو رضي أحد الزوجين بعيب في صاحبه وكان يسيراً ثم اتسع هذا المرض ففي المذهب قولان : قيل لا خيار له لأنه رضي بأصل العيب والرضا يسقط حتى الخيار .

وقيل لا يسقط حقه وله الفسخ . فله الخيار .

جاء في جواهر الكلام[3] : ولو رضي ببرص مثلا ثم اتسع بعده في ذلك العضو ففي الخيار وعدمه وجهان : أقواهما العدم لأن الرضا بالشيء رضى بما يتولد منه ولأنه عيب واحد وقد حصل الرضا به .

وجاء في قواعد الاحكام[4] : ولو رضي ببرص سابق ثم اتسع في ذلك العضو فالأقرب

---

(١) الاستبصار ٣/٢٤٩

(٢) جواهر الكلام ٥/١٧٦

(٣) جواهر الكلام المصدر السابق .

(٤) قواعد الاحكام ٢/٣٥

ثبوت الخيار : ولو حصل في غيره ثبت الخيار قطعاً .

واذا أمكن علاج المرض فلا خيار :

جاء في الروضة البهية[١] : « واذا أمكن علاج المرض التتناسلي في المرأة فلا خيار الا اذا امتنعت المرأة عن المداواة[٢] » .

لو تبين العيب بعد الطلاق :

قال في قواعد الاحكام[٣] : « ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب بعد الطلاق لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق » .

أي لا بطلان للفسخ بعد تمامه فلو طلقها قبل الدخول ودفع لها نصف المهر فلا حق له بالرجوع بما دفعه اذا تبين له أن زوجته المطلقة معيبة .

* * *

(١) الروضة البهية .

(٢) قواعد الاحكام ٢/٣٤

(٣) يقول الشيخ جواد مغنية من ائمة الجعفرية المعاصرين : ان اي مرض من الامراض المختصة او المشتركة بين الرجل والمرأة اذا امكن استئصاله وعولج ولم يترك العلاج اثراً مشوهاً ومعيباً فان وجوده يكون كعدمه ولا يوجب اي شيء لانه والحال هذه يكون كسائر الامراض العارضة التي لا يخلو واحد منها في الغالب .

شروط الخيار عند المالكية في العيوب والأمراض :

للمالكية تفصيل في شروط التفريق للعيوب لم أتعرض اليه ولكني سأشير الى مراجعه لمن أراد التوسع فيه وحسبي أن أقول أهم ما يجب معرفته في هذا الموضوع .

فرق المالكية في العيوب الحادثة بأحد الزوجين حين العقد عن الطارئة بعد العقد فقالوا : يحق لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب في صاحبه وجده به قبل العقد أو أثناء العقد . أما العيب الطارىء بعد العقد فإن كان بالزوجة فليس للزوج حق الخيار بل مصيبة نزلت به فان شاء أمسك زوجه ، وإن شاء طلق ، والطلاق بيده ويستعمله متى شاء . أما اذا طرأ العيب بعد العقد في الزوج فللزوجة حق التفريق مع تفصيلات تختلف حسب نوع العيب المبتلى به الزوج .

الجذام والبرص :

قال الدسوقي [1] : ان العيوب المشتركة ، ان كانت قبل العقد كان لكل من الزوجين رد صاحبه به ، وان وجدت بعد العقد كان للزوجة ان ترد به الزوج دون الزوج ، فليس له أن يرد الزوجة ، لأنه قادر على مفارقتها بالطلاق ان تضرر لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة فلذا ثبت لها الخيار .

الجنون :

اذا حدث بأحد الزوجين قبل العقد فيثبت الخيار لكل منهما سواء كان قبل الدخول أو بعده .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٣٢٥ يقصد هنا بالعيوب المشتركة : الجذام والبرص وقد فصل احكامها وشروط الفسخ بها وذلك ان يكون الجذام محققاً في الرجل فيحق لها الرد سواء كان قبل العقد او بعده أما الرجل فلا يحق له الرد به الا اذا كان قبل العقد والبرص كذلك ولا رد به الا أن يكون كثيراً فترد به المرأة دون الرجل لانه يملك الطلاق .

اما اذا حدث الجنون بعد العقد ففيه أربعة أقوال لدى المالكية[1] :

١) قول ابن القاسم وهو المعتمد : اذا حدث الجنون بعد العقد في الزوج فللزوجة حق الفسخ . أما اذا حدث للزوجة فلا يملك الزوج الفسخ لأنه يملك الطلاق .

٢) قول أبي الحسن ونسبه الى المدونه : يحق لكل من الزوجين طلب الفسخ اذا ما طرأ الجنون بأحدهما سواء كان قبل الدخول او بعده .

٣) المتيطي : ان حدث قبل البناء فلها الرد وإن حدث بعد البناء فلا رد لهما .

٤) أشهب : الجنون الطارىء على أحد الزوجين بعد الدخول لا يفسخ به مطلقاً .

والرأي الاول وإن كان هو المعتمد في المذهب ولكننا نرى أن الرأي الثاني هو الأوفق للمصلحة لأنه لا داعي للتفرقة بين جنون كل منهما طالما أن الضرر محقق به ، ولاختلاف آثار الطلاق عن آثار الفسخ .

العيوب الجنسية :

قال المواق[2] : وقال في العيوب الجنسية الموجودة في أحد الزوجين أثناء العقد ..

وان علمت في حين تزويجه أنه مجبوب أو خصي أو عنين ، لا يأتي النساء رأساً أو أخبرها بذلك فلا كلام لها ، وإن لم تعلم بذلك في العقد ثم علمت فتركته أو أمكنته من نفسها ، فلا كلام لامرأة الخصي والمجبوب أما العنين فلها أن ترافعه وتؤجل سنه لأنها تقول تركته لرجاء علاج او غيره والا أن تتزوجه وهي تعلم به .

أما العيوب المختصة بالمرأة فهي داء الفرج المانع من وطئها يوجب للزوج الخيار إن شاء أقام واستمتع وان شاء طلق ولا شيء عليه .

وقال الحطاب[3] : لا يسقط خيارها في الجب والخصاء الا بعد الدخول .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٣٢٧
(٢) شرح التاج والاكليل على هامش مواهب الجليل ٣/٤٨٥
(١) مواهب الجليل ٣/٤٨٦

وقال في البهجة[١] : وأما الاعتراض[٢] : سبق الاصابة ولو ترد فلا خيار لها وذلك مصيبة بها .

هل للمريض طلب التفريق :

ان حق الخيار شرع في الاصل للسليم من الزوجين غير أنه قد يكون كل من الزوجين مريضاً فهل يحق للمريض هذا أن يطلب التفريق من صاحبه ؟ .. قالوا : اذا اختلف العيبان فلأحدهما الخيار . أما اذا كان الزوجان مريضين بمرض واحد فللزوجة حق التفريق دون الزوج .

جاء في البهجة[٣] : وقال اللخمي : ان كلاً من الزوجين اذا أطلع على عيب لصاحبه مخالف لعيبه كجنونه وبرصها مثلا ، والعكس فلكل منهما الخيار ، وان كان موافقاً كبرصهما معا او جنونهما معا كان له الخيار دونها ، لانه بذل صداقاً لسالمه فوجد ما يكون صداقها دون ذلك[٤] .

ما يسقط حق الخيار :

ان ما يسقط حق طلب التفريق بين الزوجين هو الرضا بعيب الاخر ما عدا مرض العنه فان مجرد العلم به لا يسقط حق الزوجة بالخيار .

والرضا بالعيب له دلالتان :

دلالة صريحة وهو أن يقول رضيت بعيب زوجي مثلا أو دلالة ضمنية كما لو اتصل الزوجان جنسياً أو تلذذا أحدهما بالاخر وعاشره معاشرة الازواج .

---

(١) البهجة شرح التحفة للتسولي ٣١٤/١

(٢) المصدر السابق ٣١٢/١

(٣) المصدر السابق ٣١٢/١

(٤) قال الدردير ٣٢٣/٢ : « الخيار ثابت للسليم أو لمن وجد في صاحبه عيباً ولو كان هو معيباً ايضاً فله القيام بحقه من الخيار » . والعبارة تحتاج الى تحرير لانها لم تفرق بين الرجل والمرأة ولا بين نوع العيب المشترك بين الزوجين وهل هو واحد أم كل منهما مبتلى بعيب يختلف عن عيب الآخر .

وكذلك ما جاء في حاشية العدوى ٧٤/٢ : ولو كان البرص والجذام بكل منهما فانه يثبت لكل واحد الخيار في صاحبه لانه يزيد ما بكل واحد بسبب الاجتماع .

قال الخرشي[1] : ان العيب الذي يوجد الخيار لاحد الزوجين على صاحبه يشترط فيه .

١) أن يكون موجودا عند العقد أو قبله فالطارىء بعده لا يوجب خياراً الا ما استثنى .

٢) وأن لا يكون أحد الزوجين عنده علم بعيب المعيب قبل العقد والا فلا خيار .

٣) أو يكون عنده علم به ولكن لم يرض به أو يكون عنده علم به ولكن لم يتلذذ من زوجه بشيء من مقدمات الجماع .

٤ ـ فان علم السليم بعيب المعيب ورضى به بالفعل او بالقول او تلذذ بعد علمه فلا خيار للسليم .

تداوي المريض :

قال الدسوقي[2] : والرتقاء اذا طلبت التداوي فانها تؤجل لذلك وليس للزوج منعها وعليه أن يصبر على علاجها والاجل هنا متروك للطب وأهل الخبرة .

هل للمريض حق الفسخ :

قال الحطاب[3] : « يثبت الخيار لكل من الزوجين ولو كان معيباً بنفس العيب أو غيره » .

وقيل : « لو كانا بمرضين مختلفين فلكل منهما الخيار وأما ان كانا بمرض واحد ففيه الخلاف والاصح ان لهما الخيار » .

* * *

---

(١) شرح الخرشي ٧٣/٣

(٢) حاشية الدسوقي ٣٣٢/٢

(٣) مواهب الجليل ٤٨٣/٣

شروط الخيار لدى الاباضية

وقال الاباضية اذا وجد أحد الزوجين بالاخر عيباً يوجب الرد فله حق الفسخ اذا كان العيب في المريض قبل العقد أو وجد بعد العقد . أما العيب الطارىء بعد الدخول ففي الفسخ به قولان .

ويسقط الخيار اذا علم السليم بعيب صاحبه ورضي به . ولو رضي بعيب ثم ازداد هذا العيب فلا خيار له . اما اذا تغير العيب كما لو أصيب المريض بمرض آخر فللسليم حق طلب التفريق .

واذا كان الزوجان مريضين سواء أكان المرض واحدا ام كان كل منهما مريضاً بمرض يختلف عن الاخر فلكل من الزوجين في هذه الحالة الحق في طلب الفسخ .

ويستمر حق السليم بالخيار ولو شفي صاحبه من مرضه بل ، انهم قالوا لو كان العيب قبل العقد وزال المرض ثم تزوجا وعلم الاخر بأن زوجه كان مريضاً قبل العقد فله حق الفسخ وعللوا ذلك بأن المرض وخاصة اذا كان من الامراض السارية كالجذام أو البرص أو الجنون فأنه سرعان ما يعود الى المريض ولهذا أعطوا الطرف الاخر حق الفسخ .

وقالوا : اذا طلقها ودفع لها مهرها ثم تبين له انها معيبة بعيب يجيز له الفسخ به فلا رجوع بالمهر .

جاء في شرح النيل[1] : وفي صحة الرد بالعيب بعد المس دون العلم قولان .

ومن رضي عيباً ثم علم بآخر بعده فله الرد به .

ومن رد معيباً بعيب ثم تزوجه فلا يرده بعد به . ولو ازداد ذلك العيب كازدياد الجنون والبرص .

---

(١) شرح النيل ٣/٢٤٤ – ٣٤٧

ويرد انسان معيب بعيبه وان بعد برئه أو تقادم عهده . ولو كان العيب قبل العقد وزال أيضاً ... وكذلك البرص والعنه والجذام و ... عيوب يكون الرد بها في الرجـــل والمرأة ولو زالت بالكلية قبل عقد النكاح .

وان تناكحا وبكل منهما عيب يرد به فلكل رد صاحبه سواء اتفق عليهما كبرص في كل واحد او اختلف كبرص في احدهما وجنون في آخر .

واذا طلقت معيبة قبل المس فأخذت نصف الفرض فاذا بها معيبة لم يلزمها الرد لأنه حين طلق لم يكن يعلم اذ علم به بعدما طلق .

* * *

شروط الخيار لدى الزيدية

قال الزيدية يثبت الفسخ بالعيوب اذا كان ذلك قبل الدخول سواء نشأ قبل العقد أو بعده فلكل من الزوجين أن يطالب بفسخ النكاح بأي عيب وجده بصاحبه يجيز له الفسخ ما دام قبل الدخول . أما بعد الدخول فلا خيار الا في عيوب ثلاثة : الجنون والجذام والبرص[١] .

مايسقط الخيار : ويسقط هذا الخيار بتمام الرضا والرضا كما جاء في التاج المذهب[٢] يكون بحالات ثلاث :

١) ان يعقد او يجيز وهو عالم بعيبها ، وكذا اذا اذنت أو أجازت وهي عالمة بعيبه .

٢) أن لا يقع علم بالعيب قبل العقد كمن حين علم بالعيب قال : رضيت به .

٣) أن يطأها أو يخلو بها بعد العلم بعيبها وكذا اذا خلت بالمعيب .

الفورية في طلب التفريق :

ولا يشترط في الفسخ أن يطالب من له الحق به فور علمه به بل يصح على التراخي ما دام لم يقم دليل على الرضا به .

وقيل ان خيار العيب يجب أن يثبت على الفور لانه لا يحتاج الى تأمل ونظر .

هل للمريض من الزوجين طلب التفريق ؟

وحق الفسخ هو خاص بالسليم من الزوجين فلا يجوز للمريض أن يطالب بالفسخ الا

---

(١) البحر الزخار ٣/٦٢

(٢) التاج المذهب ٢/٦٣

اذا كان صاحبه مريضاً سواء بمرض واحد ام بمرضين مختلفين ، ففي هذه الحالة بالذات يحق لكل منهما الفسخ .

وإذا رضي أحد الزوجين بعيب ثم ظهر آخر فله حق الفسخ لان الرضا بعيب معين ليس دليلا على الرضا بجميع العيوب .

جاء في المنتزع المختار[1] : الفسخ خاص بالسليم ولا يحق للمعيب طلب الفسخ من السليم ولورضي السليم .

اذا كانا معيبين ولو بعيبين مختلفين فيجوز لاحدهما طلب الفسخ .

وقال : اذا رضي بعيب ثم ظهر عيب آخر فله حق الفسخ .

* * *

---

(١) المنتزع المختار ٢/٢٩٣

شروط الخيار لدى الاحناف

أما الاحناف فقد أعطوا المرأة فقط حق الفسخ لعيب في زوجها يمنع من كمال الاتصال الجنسي وعددوا من هذه العيوب خمسة كما سبق ان ذكرنا[١] .

وقالوا : اذا تزوجت المرأة بعنين او خصي او كان به أي عيب يمنع من الجماع وهي تعلم ذلك فلا خيار لها بالفسخ لأنها اسقطت حقها برضاها به[٢] .

أما اذا تزوجت وهي لا تعلم بعيبه ثم ظهر لها ذلك فلها أن تطلب التفريق من القاضي متى شاءت ولا يعتبر سكوتها رضا منها لان حق الفسخ ليس على الفور بل على التراخي[٣] .

كما انهم قالوا اذا وطئها مرة واحدة سقط حقها في الخيار لان حق المرأة بالعقد ان يطأها مرة واحدة .

أما اذا كانت الزوجة معيبة بعيب جنسي يمنع الاتصال بزوجها فلا يحق لها أن تطلب الفسخ لانه لا ضرر عليها من زوجها ولو لم يصل اليها[٤] .

وعلى هذا نلخص شروط الخيار عند الاحناف :

١) عدم الرضا فاذا رضيت سقط حقها .
٢) ألا تكون الزوجة معيبة جنسياً وإلا فلا حق لها بالتفريق اذ لا ضرر .
٣) ألا يكون الزوج قد وصل اليها ولا مرة واحدة .

جاء في البحر الرائق [٥] : ولو وطئها مرة لا حق لها في المطالبة بسقوط حقها بالمرة قضاء وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لا قضاء .

٤) أن تكون الزوجة بالغة ، فان كانت صغيرة ينتظر بلوغها لعلها ترضى بعيب زوجها .

٥) ولا يشترط أن تكون عاقلة ، فلولي المجنونة أن يطلب التفريق بحكم ولايته[٦] .

---

(١) البدائع ٢/٢٣٥
(٢) فتح القدير ٤/٢٦٤
(٣) فتح القدير ٣/٢٦٥ .
(٤) الفتاوي الهندية ١/٥٢٦ .
(٥) البحر الرائق ٤/١٣٥ .
(٦) رد المحتار ٢/٩١٧

الفرع الرابع

آثار الفرقة بالعيب

هل الفرقة بالعيب بين الزوجين طلاق بائن أم فسخ وهل يشترط أن يكون لدى القاضي ان كان فسخاً وأبى الزوج الطلاق ؟ ..

قال الاحناف والمالكية : ان الفرقة طلاق بائن .

وقال الجمهور : ان الفرقة فسخ وليس بطلاق .

من قال ان الفرقة طلاق

الاحناف :

قال الاحناف اذا رفعت الزوجة أمرها الى القاضي بطلب التفريق وتوفرت شروط ذلك أمر القاضي الزوج بالتطليق فان أبى طلق القاضي نيابة عنه .

جاء في الهداية[1] : فان امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما . ولا بد من طلبها ، لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة ، لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه .

المالكية :

وذهب المالكية : الى أن الزوج اذا رفض الطلاق فللقاضي أن يطلق زوجته أو يأمرها بايقاع الطلاق . والفرقة في جميع الحالات طلاق بائن .

قال الدسوقي[2] : يأمره الحاكم بالطلاق والا طلقها القاضي أو يأمرها به أي بايقاع الطلاق كطلقت نفسي منك أو ما في معناه . والطلاق بائن .

---

(١) الهداية ٢٦٥/٣ . وجاء في الفتاوى الخيرية ٤١٢/١ الفرقة للعيب في الجب والعنة طلاق بائن .

(٢) حاشية الدسوقي ٣٣٠/٢ وراجع مواهب الجليل ٤٨٦/٣ .

من قال ان الفرقة فسخ :

الشافعية والحنابلة :

قال الشافعية والحنابلة : ان الفسخ لا يكون الا عند القاضي لان الفرقة بالعيوب أمر مجتهد فيه .

جاء في تحفة المحتاج[1] : لا يجوز بدون حاكم لانه أمر مجتهد فيه فلو تراضيا بالفسخ بواحد منها من غير حاكم لم ينفذ .

وقال في المهذب[2] : ولا يجوز الفسخ الا عند الحاكم لانه مختلف فيه .

وجاء في المغنى [3] : الفرقة للعيب فسخ للنكاح . ...

وقال ابن قدامة : ويحتاج الفسخ الى حكم حاكم لانه مجتهد فيه .

وقال ابن تيمية في الاختيارات العلمية[4] : لا يحتاج الى فسخ الحاكم وعلل ذلك بأنه ليس كل أمر مختلف فيه يحتاج الى حاكم فخيار المعتقة مختلف فيه ويقع بدون حاكم .

الزيدية :

قال الزيدية ان الفسخ بين الزوجين يصح بدون حاكم الا اذا اختلفا فيرفع الأمر الى الحاكم[5] .

---

(١) تحفة المحتاج ٣٥٢/٧ .

(٢) المهذب ٥١/٢ .

(٣) المغني ٦٠٥/٧ و ٥٨٤/٧ – وقال في الانصاف وقال الشيخ تقي الدين ان جميع الفسوخ لا تتوقف على حكم حاكم ٢٠١/٨ .

(٤) الاختيارات **العلمية** ص ١٣١ .

(٥) وقال في الروض النضير : أن الفرقة بالعيب هي فسخ وهذا مذهب العترة جميعاً ٧٨/٤ .

جاء في التاج المذهب[1] : والفسخ يكون بالتراضي ان حصل العيب مع اتفاق المذهب أنه عيب يرد به النكاح .

أما اذا لم يقع تراض بين الزوجين بالفسخ أو اختلف المذهب بالعيب فالحاكم هو الذي يفسخ .

وقيل لا يحتاج الى حكم حاكم .

جاء في المنتزع المختار [2] : وقال الناصر والهادي والقاسم : أنه لا يحتاج الى حكم حاكم مطلقاً .

الجعفرية :

وكذلك فان الجعفرية لم يشترطوا حكم الحاكم في الفسخ ، بل يصح بالتراضي بين الزوجين على فسخ النكاح الا في العنه فيشترط الحاكم لضرب الاجل لا للفسخ [3] .

جاء في جواهر الكلام[4] : الفسخ بالعيب ليس بطلاق قطعاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه .

وقال في اللمعة [5] : ولا يشترط فيه الحاكم .

وقال في قواعد الاحكام[6] : أما في العنة فيفتقر اليه لا في الفسخ بل في ضرب الاجل وتستقل المرأة بعده عليه .

---

(١) التاج المذهب ٢/٦٣ .

(٢) المنتزع المختار ٢/٢٩٣ .

(٣) راجع في هذا البحث الاستبصار حيث جاء فيه حديث طويل قال فيه : وترد على اهلها من غير طلاق . ٣/٢٤٧ – وراجع ايضاً التهذيب ٢/٢٣١ والكافي ٢/٢٩ والمختصر النافع ٢١ .

(٤) جواهر الكلام ١٧٦ .

(٥) اللمعة الدمشقية ٢/١٢٦

(٦) قواعد الاحكام ٧/٣٣ .

وقال في العروة الوثقى [1] : الفرقة للعيب فسخ .

وفي شرائع الاسلام [2] يجوز للرجل الفسخ من دون اذن الحاكم ، وكذا المرأة ، نعم مع ثبوت العنة يفتقر الى الحاكم لضرب الأجل ، ولها التفرد بالفسخ عند انقضائه وتعذر الوطء .

وقال الاباضية في شرح النيل[3] والرد بالعيب فرقة لا طلاق .

* * *

(١) العروة الوثقى ٧٥٢ .
(٢) شرائع الاسلام ٣١/٢ .
(٣) شرح النيل ٢٤٩/٣ .

المبحث الثاني

التفريق للعيوب والامراض في قوانين البلاد العربية

الفرع الاول

نصوص القوانين

التقريب للعيوب والامراض في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية : نصت جميع قوانين البلاد العربية على التفريق بين الزوجين للعيوب والامراض ، ولكن معظمها قصرت هذا الحق على الزوجة دون الزوج باعتباره يملك حق الطلاق كما اختلفت بعض القوانين عن بعضها الآخر في تعداد العيوب كما سوف نرى من ذكر موادها التالية :

لبنان :

م ١١٩ : اذا اطلعت المرأة السالمة من عيوب المقاربة ان زوجها مصاب بعلة من تلك العلل فلها أن تراجع الحاكم وتطلب الفراق . أما المرأة المبتلاة باحدى العيوب المذكورة فلا يجاب طلبها وليس للزوجة التي قاربها الزوج حق الخيار بسبب عيب من هذا القبيل .

م ١٢٠ : اذا اطلعت الزوجة قبل النكاح على عيب الزوج ما عدا العنه او رضيت بعد النكاح بأي عيب كان يسقط حق خيارها انما لا يسقط الاطلاع على العنة قبل النكاح حق الخيار .

م ١٢١ : اذا راجعت الزوجة الحاكم حسب المواد السابقة ينظر فان كانت العلة

غير قابلة للزوال فالحاكم يفرق بينهما بالحال وان كانت قابلة للزوال فالحاكم يمهل الزوجة مدة سنة اعتباراً من زمن الحادثة او من وقت افاقته ان كان مريضاً ..

م ١٢٢: اذا اطلعت الزوجة بعد النكاح أن الزوج مبتل بعلة لا يمكن الاقامة بها معه سوية للإضرار كالجذام والبرص وعلة الزهري ، او حدثت به اخيرا هكذا علة فلها ان تراجع الحاكم وتطلب التفريق والحاكم يرى ان كان يوجد أمل بزوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة واذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق واصرت الزوجة ايضاً على طلبها يحكم الحاكم بالتفريق .

ووجود احد العيوب في الزوج كالعمى والعرج لا يوجب التفريق .

م ١٢٣: اذا جن الزوج بعد عقد النكاح وراجعت الزوجة وطلبت التفريق فالحاكم يؤجل التفريق سنة ، واذا لم يزل الجنون بظرف هذه المدة وأصرت الزوجة يحكم بالتفريق

م ١٢٤: خيار الزوجة في الظروف التي لها الخيار ليس من الضروري ان يكون على الفور فلها أن تؤخر الدعوى مدة ولها ان تتركها مدة بعد اقامتها .

م ١٣١: الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن .

الاردن :

لا يختلف القانون الاردني عن القانون اللبناني في مواد التفريق للعيوب والامراض فقد نص في مواده ٨٣ — ٨٨ بما لا يختلف فيه عن المواد السابقة للقانون اللبناني .

تونس :

لا نص للتفريق بسبب العيوب او الامراض في قانون الاحوال الشخصية في تونس رغم ان اكثره من المذهب المالكي باعتبار ان جميع حالات التفريق مردها تقدير القاضي .

المغرب :

الفصل الرابع والخمسون : التطليق للعيب .

١) اذا وجدت الزوجة بزوجها عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه او يمكن بعد زمن يزيد على سنة ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل فلها ان تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به . ويؤجله القاضي سنة فان برىء وإلا طلقها عليه .

٢) يستجاب لطلب المرأة التطليق بدون تأجيل في عيوب الفرج التي لا يرجى بروءها

٣) اذا تزوجته عالمة بالعيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها فليس لها طلب التطليق لأجله .

٤) اذا كان بالزوجة عيب كالجنون والجذام والبرص والسل وداء الفرج المانع من الوطء او لذته وعلم الزوج به قبل الدخول فله الخيار . ان شاء طلق ولا شيء عليه وان شاء دخل ولزمه الصداق كاملا . فان لم يعلم الا بعد الدخول أبقى عليها ان شاء ، وان شاء ردها ، واسترد ما زاد على اقل المهر عرفاً منها ان كانت هي التي غرته ، وان كان الغاروليها رجع عليه بما دفعه .

٥) يستعان باهل الخبرة من الاطباء في معرفة العيب .

الفصل الخامس والخمسون : الطلاق الذي يوقعه القاضي لعلة من العلل المذكورة في الفصل السابق طلاق بائن .

العراق :

م ٤٤ : ١) اذا وجدت الزوجة زوجها عنيناً او مبتلى بما يمنع البناء بها فلها ان تطلب الى المحكمة التفريق .

٢) اذا اطلعت الزوجة بعد العقد ان الزوج مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام والبرص والسل والزهري والجنون او أصيب اخيراً بعلة من هذه العلل فلها ان تراجع المحكمة وتطلب التفريق .

٣) اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة المذكورة في الفقرتين ١ و٢

من هذه المادة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال العلة ، وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل .

٤) اذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق .

سورية :

المادة ١٠٥ : للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :

١) اذا كان فيه احدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منه .

٢) اذا جن الزوج بعد العقد .

المادة ١٠٦ : ف ١) يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة اذا علمت بها قبل العقد او رضيت بها بعده .

٣) على ان حق التفريق بسبب العنه لا يسقط بحال .

المادة ١٠٧ : اذا كانت العلل المذكورة في المادة غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال واذا كان زواجها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة فاذا لم تزل العلة يفرق بينهما .

المادة ١٠٨ : التفريق للعلة طلاق بائن .

مصر :

مادة ٩ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه او يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كـان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ام حدث بعد العقد ولم ترض به . فان تزوجته عالمة بالعيب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

مادة ١٠ : الفرقة بالعيب طلاق بائن .

مادة ١٦ : يستعان باهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها

السودان :

المنشور الشرعي نمرة ٢٨ الصادر بتاريخ ١٤ شعبان سنة ١٣٤٥ موافق ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ .

المادة ٢ : تسمع المحاكم الدعوى بطلب الزوجة الفرقة من زوجها لعيب او مرض مستحكم لا يرجى برؤه منه او يرجى بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام منه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به المرأة او حدث بعد العقد ولم ترض به .

فان تزوجته عالمة بالعيب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها به فلا يجوز التفرقة . والفرقة التي يحكم بها القاضي بناء على هذا طلاق بائن .

* * *

الفــرع الثاني

نظرات سريعة في مواد التفريق للعلل والامراض في القوانين العربيــة

١) لم تجعل اكثر القوانين العربية حق التفريق للعلل والأمراض حقاً مشتركــاً بين الزوجين بل منحته للزوجه دون الزوج . وهذا مما انفرد به المذهب الحنفي من المذاهب التي أجازت التفريق للعيوب .

إلا أننا نرى أنه لا مبرر للتفرقة بين عيوب الرجل وعيوب المرأة فلكل من الزوجين إذا وجد بصاحبه عيباً كان له أن يطلب التفريق من القاضي اذا توافرت شروط ذلك . ولا يرد على هذا أن المرأة تتضرر بسمعتها إذا ما طلقت لعيب فيها فان سمعة الرجل ايضاً لا تقل عن سمعة المرأة وليس في الامر فضيحة ولا كشف أسرار فالغالب من هذه العيوب امراض قد تحل بالصغير والكبير ولا يد للإنسان فيها

وهذا ما انفرد به القانون المغربي حيث اعطى حق طلب التفريق للعيوب او الأمراض لكل من الزوجين . وهذا وفق المذاهب الثلاثة الحنابلة والمالكية والشافعية .

٢) ان بعض القوانين كالسوري قصرت التفريق على العيوب الجنسية والجنون ولم تذكر بقية العيوب كالأمراض السارية او المنفِّرة ، وهذا في رأينا لا محل له لأنه كما يتضرر المرء من عيب يمنع الاتصال الجنسي قد يتضرر من مرض معد او تنفر منه النفس .

ان حصر العيوب بعدد معين لا مبرر له بل يجب أن ينص على مبادىء عامة في العلل والأمراض فكل مرض معد او منفر او مخوف او يمنع الاتصال الجنسي يحق للطرف الآخر ان يطلب التفريق لأجله .

٣) نصت بعض القوانين على أن أهل الخبرة يقدرون المرض ان كـــان يرجى منه الشفاء فيؤجل القاضي التفريق والا فرق في الحال .

وفي رأينا انه يجب الرجوع دائماً الى رأي الاطباء في معرفة الأمراض ودرجة خطورتها ومدة شفائها حتى في القوانين التي لم تنص على ذلك ، ولا يجوز الرجوع الى المصادرالفقهية في هذا الموضوع لاثبات الأمراض بوسائل عرفت في عصر تدوين تلك الكتب ، ولا عيب فيها الا أننا في عصر أصبح فيه الطب هو المعول عليه في معرفة الأمراض وتقدير درجة خطورتها .

وقد نص الفقهاء كثيراً في وجوب الرجوع الى أهل الخبرة في مثل هذه الأمور.

٤) ان بعض القوانين كاللبناني والسوري اشترط على الزوجة اذا ما طلبت التفريق لعيب في زوجها ان تكون سليمة من الأمراض التي تحول دون الاتصال الجنسي .

وشرط السلامة من العيوب لمن يطالب بالتفريق شرط معقول بالنسبة للعيوب الجنسية فقط وهذا مأخوذ من المذهب الحنفي لأن الأصل عندهم ان لا تفريق بغيرها

أما اذا كان هناك عيب غير جنسي بأحد الزوجين وكان طالب التفريق مريضاً بمرض آخر يبيح له التفريق ففي راينا لا مانع من التفريق لأن الانسان قد يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه .

٥) وقد فرقت معظم القوانين بين العيوب غير الجنسية فأجازت التفريق بسببها سواء أكان ذلك قبل الدخول ، أم بعد الدخول ، اما في العيوب الجنسية في الرجل . فلم تجز ذلك إلا قبل الدخول ، فإذا تم الدخول سقط حق الزوجة في طلب التفريق.

وهذا في راينا وان أجمع عليه الفقهاء فهو محل نظر فإن مناط التفريق في جميع تلك العيوب والأمراض هو الضرر واي ضرر أشد من أن تعيش المرأة مع زوج عنين طيلة حياتها لا يصل اليها وكل ذنبها أنه وصل اليها في العمر مرة .

ومما يزيد الأمر غرابة ان جميع القوانين اعتبرت غياب الزوج عن زوجته سنة واحدة دون مبرر سبباً كافياً لطلب التفريق ، وان فقهاءنا قالوا ان المراة لا تستطيع الصبر عن زوجها اكثر من ستة أشهر في العرف والعادة إلا بالمشقة والضرر فكيف لا يجيزون

التفريق بين الزوج وزوجته اذا اتصل بها مرة واحدة ثم اصيب بالعنة ؟ ...

ومن الجدير بالذكر ان القانون السوري انفرد عن سائر القوانين بالنص صراحة على ان طلب التفريق للعنة لا يسقط بحال ، وحسناً ما فعل .

من أين استمدت القوانين العربية مواد التفريق للعيوب ؟ ...

يذهب شراح القانون الى ان المصدر لهذه المواد هو المذهب المالكي الذي أخذ منه المشرع في معظم القوانين العربية مواد التفريق لدى القاضي سواء في الشقاق والضرر ام في العيوب ظناً منهم ان الامام محمداً حدد العيوب غير الجنسية بثلاثة فقط وهي الجنون والجذام والبرص .

ولكني بعد ان حققت مذهب محمد في التفريق للعيوب في انه لم يحصرها بعدد معين بل كل ما ينفر منه المرء او كان مرضاً معدياً فللزوجة ان تطلب التفريق ، **استطيع ان اخالف جميع شراح القانون فأقول ان مصدر هذه المواد هو مذهب الامام محمد الحنفي** [1] .

ومما يؤيد وجهة نظري في هذا ثلاثة أمور : —

١ — ان القوانين العربية المشار اليها اعتبرت التفريق للعيوب طلاقاً بائناً وهو من المذهب الحنفي خلافاً للحنابلة والشافعية .

٢ — انها اعطت الحق للزوجة دون الزوج حسب المذهب الحنفي بينما في بقية المذاهب هو حق للزوجين .

٣ — ان مذهب محمد هو الوحيد بين المذاهب الذي لم يحصر العيوب في الرجل بينما بقية المذاهب وان توسعت في تعداد العيوب ولكنها ذكرت على ان هذا التعداد على سبيل الحصر .

وينبنى على هذا الخلاف أمر هام وهو في الرجوع الى أي المذاهب في حال نقص

---

(١) هذا ما عدا القانون المغربي حيث نص صراحة على اعطاء حق التفريق بسبب العيوب لكل من الزوجين وهذا مأخوذ عن مذهب مالك .

المواد في حادثة معينة لم يأت بها القانون . ولهذا فاني أرى في حال وجود نقص في مواد التفريق للعيوب في القوانين التي حصرت هذا الحق ومنحته للزوجة دون الزوج فيجب الرجوع فيه الى المذهب الحنفي .

وهذا لا يتنافى مع مارجحناه من أنه لامبرر للتفرقة بين الزوج والزوجة في التفريق ولا يتنافى مع ما سنقترحه من مواد في هذا الموضوع لأنه طالما نفسر القوانين في نصوصها الحالية فلا مناص من الرجوع الى مصادرها الاصلية .

هذه نظرات سريعة في قوانين البلاد العربية وسوف نستعرض التطبيق العملي في كل من الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العربية السورية لنرى ما ذهب اليه الاجتهاد القضائي وما وضع من مبادىء فالاجتهاد دائماً طليعة التشريع في كل العصور

* * *

الفـرع الثالث

الاجتهادات القضائية

عدم حصر العيوب . اثبات المرض بمعرفة اهل الخبرة :

جاء في حكم لمحكمة بورسعيد [1] : تقبل الدعوى من الزوجة باصابة زوجها بمرض الزهري ، او اي مرض معد يخشى من بقائها معه الضررحتى اذا ثبت ذلك فرق القاضي بينهما . ولا عبرة بحصر الفقهاء للعيوب المسببة لفسخ النكاح متى قرر اهل الخبرة عدوى المرض .

إذا طال علاج المريض يتعين التطليق . إذا ما طلبت الزوجة ذلك .

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية [2] .

اذا قرر الطبيب الشرعي ان الزوج لا يزال مريضاً بمرض عقلي من طبيعته احتمال تكرار النوبات وتطرأ عليه عقب كل نوبة تغيرات مرضية نفسية مع اطراد في ضعف ارادته ونقص ادراكه وانحطاط عقليته ، وان هذا المرض من الجائز شفاؤه في بعض الاحوال الا ان علاجه قد يطول . مما يعرض بقاء الزوجة معه للضرر فانه يتعين التطليق

هل يعتبر السكوت عن العيب رضا يسقط حق التفريق :

جاء في حكم لمحكمة طلخا الشرعية [3] :

« لا يجاب طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها لجنونه متى ثبت علمها بذلك ورضاؤها بمعاشرته وهو على هذه الحالة » .

---

(١) محكمة بور سعيد الشرعية ٥ ذي الحجة ١٣٥٠ في ١١ ابريل ١٩٣٢ مجلة المحاماة الشرعية ص ٩٠٤ س ٥ ع ٩

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩/١٠/١٩٥٧ مجموعة صالح حنفي ج ٢ ص ٢١٥

(٣) محكمة طلخا الشرعية ٣ صفر ١٣٥٣ في ١٦ مايو ١٩٣٤ المحاماة الشرعية ص ٦ ع ٦ ص ٧٨٥

ونحن لا نوافق على ما جاء في هذا الحكم لان سكوت المرأة وهي تأمل شفاء زوجها يجب الا يكون عقوبة لها تسقط حقها في طلب التفريق والا اسرعت الزوجات الى طلب التفريق اثر كل مرض اصيب به الزوج خشية ان يسقط حقها في التفريق اذا ما طال صبرها على مرض زوجها .

وقد صدر حديثاً عن محكمة الاسكندرية الابتدائية [1] حكماً يؤيد ما ذهبنااليه :

« فعدول المدعية عن رفع دعوى التطليق لاصابة الزوج بالجنون مدة عامين لا يعتبر رضاً منها بالعيب الذي اصاب زوجها اذ انها كما قالت في عريضة دعواها كانت تأمل شفاءه وترجوبرأه ليعود اليها ويستأنفا حياتهما الزوجية وليس الرجاء والامل في الشفاء من المرض رضاء به . هذا فضلا عن أن التعجيل برفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع ما يجب ان تتحلى به الزوجة الصالحة وفاء واخلاصاً للزوج » .

اذا سرى مرض الزوج الى الزوجة كان موجباً للتفريق .

جاء في حكم لمحكمة شبين الكوم الابتدائية الشرعية [2] : اصابة الزوجة بالمرض نتيجة لمرض تناسلي عند الزوج موجب للتفريق بينهما .

التفريق للعيوب الجنسية :

جاء في حكم لمحكمة الاقصر الشرعية [3] : « والتشريع الجديد لم يتعرض بشيء لطلب الحكم بالتفريق بالطلاق بسبب العنة بل ابقى الحكم فيه لمذهب الامام ابي حنيفة ، والنص صريح في ان الزوج اذا وطىء زوجته و لو مرة واحدة زال عنه وصف العنة ولم يبق لزوجته من حق في طلب التفريق بينها وبينه بسببها » .

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٨/١/٤ رقم ٢٥٦ .

(٢) محكمة شبين الكوم الابتدائية الشرعية ٢٨ محرم ١٣٦٦ في ٢٢ ديسمبر ٩٤٦ المحاماة الشرعية . ص ١٤٢ س ١٨

(٣) محكمة الاقصر الشرعية ٤ رمضان ١٣٥٢ في ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ المحاماة الشرعية ص ١٧١ س ٦ ع ١

وهذا الحكم من حيث انطباقه على القانون صحيح لا شك فيه .

ولكننا نرى انه ليس من العدالة أن تبقى امرأة زوجة لرجل لا يقاربها طيلة حياتها

ويرى البعض انه يمكن التطليق في هذه الحالة للضرر ، ولكن هذا الرأي يخالف ما نص عليه القانون فالقانون وضع مواداً للتفريق للضرر واجراءات خاصة بها كما وضع مواداً اخرى للتفريق للعلل والعيوب ولكل اجراءات .

فالتفريق للضرر يخضع فيه لنظام التحكيم ومحاولة الاصلاح بين الزوجين ، وهنا في العيوب لا محل لذلك اذ مناط الضرر تقرير الاطباء وأهل الخبرة .

وفي هذا المعنى ذهبت محكمة الاسكندرية في حكم لها [1] :

اذا كان الثابت من الدعوى ان المدعية مقرة باتصال زوجها بها اتصالاً جنسياً أعواماً طويلة أنجبت فيها منه فان الادعاء بالعنة حتى لو صح حديثها لا يكون سبباً للتطليق ولا محل للقياس على حالة الزوج الذي يهجر زوجته أكثر من سنة التي نص عليها القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ في المادة ١٢ سنة لان ذلك نص محدود صريح في الحالة التي ورد بشأنها ولا محل للتوسع فيه ولا اجتهاد مع النص .

وجاء فيه أيضاً : ان التطليق للضرر شرع في حالات الشقاق لسوء المعاشرة والهجر وما الى ذلك من كل ما يكون للزوج دخل فيه . أما المرض فهو عرض من الاعراض البشرية التي ليس للانسان دخل فيها .

ولهذا فاننا ندعو الى تعديل القانون المصري وبقية القوانين المماثلة وجعلها تتفق مع بقية مواده في التفريق للضرر فان زوجة العنين تتضرر من زوجها أكثر من أي ضرر آخر ولا نجد لرأي الفقهاء فيما ذهبوا اليه سندا أو دليلاً يمكن الاحتجاج به في هذا الموضوع .

يقول استاذنا الجليل الدكتور مصطفى السباعي في شرحه قانون الاحوال الشخصية

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١/٥/٩٥٨ صالح حنفي ٢٢٧/٢ وفي حكم لمحكمة نجع حمادى الشرعية ١٢ جمادى الاول ١٣٦٤ في ٢٤ ابريل ١٩٤٥ جاء فيه : ان التطليق للضرر لا يتناول التطليق للمرض .

السوري في هذا الموضوع[1] : « وهذا قول بعيد عن حكمة التشريع ومناف لسكن النفس وحصول المودة والرحمة التي أرادها الشارع بمشروعية الزواج، ولانعلم لهذا الحكم سنداً من الكتاب والسنة بل في نصوص الكتاب والسنة ما يبطله » .

وفي حكم لمحكمة الاستئناف الشرعية الاردنية[2] .

اقرار الزوج بالعنة وأنه لا يرجى شفاؤه منها لا يكفي للحكم بالتفريق دون امهال ، لأن العنة من العلل القابلة للزوال ، وقد أعطت الشريعة الاسلامية صاحبها مهلة سنة قمرية .

المرجع في امكان تحقق زوال العلة أو عدم زوالها أهل الفن والخبرة كما تقضي بذلك المادة ٨٦ من قانون حقوق العائلة .

* * *

(١) شرح قانون الاحوال الشخصية السوري ص ١٦٨

(٢) مترجم الاستئناف ٣٠٨/ ١١٥٧٦ تاريخ الحكم ٢٥ تموز سنة ١٩٦١ .

الفــرع الرابع

المواد التي نقترحها لقانون الاحوال الشبخصية في التفريق للعلل والعيوب

م ١ : لكل من الزوجين أن يطلب التفريق من القاضي اذا ما وجد بصاحبه علـــة جنسية تمنع الاتصال أو مرضا معدياً أو منفراً أو مخوفاً .

م ٢ : التفريق للعلل التي جاءت في المادة السابقة حق ثابت لكل من الزوجين سواء كان قبل الدخول أم بعد الدخول .

م ٣ : يعتمد في وصف العلل على الاطباء فان كان يرجى شفاؤها خلال سنة لم يفرق بينهما والا فرق بناء على طلب أحدهما .

م ٤ : اذا أمكن ازالة العلة من المصاب بها بعملية جراحية سقط حق طلب التفريق اذا وافق المريض على ذلك .

م ٥ : التفريق للعلل فسخ وليس بطلاق .

* * *

المبحث الثالث

التفريق للعيوب والامراض لدى اليهودية والمسيحية

الفرع الاول

التفريق للعيوب لدى اليهود

طائفة الربانيين

اجاز اليهود التفريق للعلل والعيوب بين الزوجين سواء وجد بالزوج أم بالزوجة فهو حق مشترك يعطى لكل من الزوجين اذا ما أصاب صاحبه مرض أو علة ذكرها القانون الحق في طلب التفريق .

وقد يبدو من المعقول والمنطقي أن تطلب المرأة التفريق اذا ما وجدت بزوجها علة أو مرضاً أما الزوج فقد يبدو من الغريب أن يعطى له مثل هذا الحق وهو يملك الطلاق بارادته المنفردة . ولكن من تأمل جيدا وجد ان لا غرابة طالما ان الحق المشترك بين الزوجين من أهم آثاره سقوط بعض الحقوق المالية عن كاهل الزوج اذا ما وجد بزوجته بعض العيوب وفي بعضها الآخر تنال حقوقها كاملة .

وقد توسع اليهود في ذكر العيوب . والسبب في رأينا أنهم يتطلبون من الزوج ان يكون طلاقه لمسوغ شرعي ومن المسوغات الشرعية : العيب بالزوجة .

ومن الجدير بالذكر ان نقول ان حق التفريق هذا يسقط اذا ما اطلع من له الحق على عيب صاحبه أو رضي به سواء بمعاشرته أو بسكوته عن طلب الطلاق .

اولا ـ عيوب الزوجة

١) ظهور دم الحيض ثلاث مرات : اذا ظهر دم الحيض ثلاث مرات في الزوجة أثر الزواج وجب على الزوج تطليق زوجته .

جاء في المادة ١٥٥ : اذا تكرر ثلاث مرات متواليات عقب الزواج ظهور دم الحيض في الزوجة حين اختلاء الرجل بها حرمت عليه ووجب عليه تطليقها وليس عليه الاما دخلت به ولا يجوز عقده عليها ثانية [١] .

ويبدو لي ان سبب التفريق بهذه المادة يعود الى ان محل العقد وهو المتعة الجنسية غير صالح لكمال الاستمتاع ، لا للعقم لان له مادة خاصة به .

٢) اذا كانت مريضة بمرض جنسي : اذا كانت الزوجة مصابة بمرض جنسي يحول دون المعاشرة الجنسية بحيث لا تليق للرجال كان للزوج أن يطلقها بدون التزامات مالية واذا عارضت الزوجة بذلك او نفت ما نسبه اليها عرضت على الاطباء .

جاء في المادة ١٥٨ : اذا ظهر ان المرأة معيبة بحيث لا تليق للرجال فليس لها عند الطلاق الا ما دخلت . فاذا هي ادعت اللياقة ، فحصت شرعا وبقيت بلا نفقة حتى يتم الفحص .

٣) كل ما كان منفراً يعد عيباً : لا حصر للعيوب في الزوجة في الشرع اليهودي وكما قلنا ان سبب ذكر هذه العيوب لتبرير الطلاق لانه لا بد ان يكون لمسوغ مشروع ، ولهذا توسعوا في تعداد العيوب بحيث نستطيع أن نجزم ان ما جاء في تعدادها جاء على سبيل المثال لا الحصر .

قالت المادة ١٦٠ كل زيادة أو نقص أو تلف أو فساد أو أي رائحة كريهة في المرأة هو عيب شرعي .

---

(١) الاحوال الشخصية للاسرائيليين .

٤) اذا علم بالعيب فلا حق له بالتفريق لذلك : ان مجرد علم الزوج بعيب زوجته يسقط حقه في طلب التفريق لهذا السبب ويعتبر سكوته رضا ، والفرق بين علمه بالعيب وعدم علمه وهو في الحالين يملك الطلاق ، هو من حيث الالتزامات المالية التي تترتب على كل حالة منهما .

م ١٥٩ : اذا ظهر بالزوجة عيب شرعي لم يكن يعلم به الرجل فليس لها عند الطلاق الا ما دخلت به بكراً كانت أو ثيبا .

م ١٦١ : اذا كان العيب غير خفي أو علم به الرجل وسكت عد راضيا به فاذا رغب في الطلاق مع ذلك لزمته حقوق زوجته جميعها .

م ١٦٣ : لا تقبل جهالة الرجل بالعيب مهما كان خفيا اذا دخل على المرأة ولم يتكلم .

التطليق لعقم الزوجة :

اعتبر الشرع اليهودي عقم الزوجة البكر عشر سنوات لم تنجب فيها عيباً موجباً للتفريق . أما الثيب فيكفي لاعتبار العقم عيباً فيها مضي خمس سنوات .

جاء في م ١٤١ : ليس للرجل ان يطلق زوجته لعلة العقم اذا لم يمض لها عشر سنين لم ترزق فيها واذا كانت غير بكر فخمسة .

٦ ــ لا تفريق لجنون الزوجة :

جنون الزوجة ان كان اثناء العقد كان باطلاً ، لأنه لا يجوز عقد من لا ارادة ولا رضاء له . أما اذا اصيبت الزوجة بعد الزواج فيجب على الزوج علاجها .

م ٤٧ : الجنون المطبق في أحد الاثنين مانع من الزواج والا كان باطلاً .

م ١٣٢ : اذا جنت المرأة فلا يمنع هذا من الانفاق عليها وعلى الرجل أن يعالجها ، واذا شاء التزوج باخرى جاز للسلطة الشرعية اجابة طلبه .

ثانيا ـ عيوب الزوج :

اذا اصيب الزوج بمرض معد وجب عليه الطلاق :

يشترط في المرض أن يكون معديا وفي هذه الحالة لا خيار للزوج في الابقاء على الحياة الزوجية حتى ولو رضيت الزوجة بل يجب التفريق بينهما .

جاء في المادة ٢٠٣ : اذا طرأ على الرجل بعد الزواج عيب او عاهة فلا يسوغ هذا للمرأة طلب طلاقه .

وجاء في المادة ٢٠٤ : اذا كان الطارىء برصاً أو مرضاً معدياً كلف الرجل بالطلاق وللشرع أن يأمر ولو أبت الزوجة ما لم تتعهد شرعاً أنها لا تختلي به .

والصرع ايضاً من الامراض الموجبة للتفريق :

اذا أصيب أحد الزوجين بالصرع وجب التفريق مع احتفاظ الزوجة بحقوقها .

جاء في المادة ٢٠٥ : اذا كان المرض صرعاً في أحد الاثنين وجب الطلاق ولا تسقط حقوق الزوجية .

والرائحة الكريهة تعتبر عيباً :

ومما نستطيع ان نؤيد قولنا بأن العيوب غير محصورة في الرجل أيضاً انهم اعتبروا مجرد الرائحة الكريهة عيباً يوجب التفريق ولا شك أنه يقاس على هذا ما هو أشد منه ولو لم ينص عليه .

جاء في المادة ٢٠٦ : اذا كان بالرجل رائحة كريهة في أنفه أو فمه أو لأنه اشتغل دباغا وما أشبه جاز اجابة طلب زوجته بالطلاق .

علم الزوجة يسقط حقها :

أما اذا علمت الزوجة بعيب زوجها سقط حقها في طلب التفريق .

جاء في المادة ٢٠٧ : اذا علمت الزوجة بالرائحة او الحرفة ورضيت فليس لها طلب الطلاق .

عقم الزوج :

اذا كان الزوج عقيما وتحققت الزوجة من ذلك كان هذا سبباً موجباً لطلب التفريق . ولها حقوقها الزوجية كاملة .

جاء في المادة ٢١٣ : اذا كان عقم الزوج محققاً وجب عليه الطلاق وللزوجة مهرها وما دخلت به بلا حرمان .

العيوب الجنسية :

أما العيوب الجنسية في الرجل فاذا كانت حين العقد كان العقد باطلا لأنه يحرم التزوج من مريض يحول دون الاتصال الجنسي .

أما اذا أصيب بعد الزواج فيجب أن يمضي عشر سنوات ان كانت بكراً وخمساً ان كانت ثيباً .

جاء في المادة ٤٥ : يحرم التزوج بمن كان مرضوض الخصيتين او مخصيهما كلتيهما أو احداهما او مجبوب الاحليل .

م ٢١٠ : اذا كان الرجل عنينا او عقيم الماء وكانت الزوجة في عوز الى غلام جاز لها طلب الطلاق .

م ٢١١ : يجب أن يكون مضى عشر سنين او خمسة حسب نص المادة ١٦٤ [١] .

ويلاحظ ان الفرق بين عقم الزوجة وعقم الزوج : ان الزوج ليس له أن يطلق زوجته ان كانت عقيمة قبل عشر سنين ان كانت بكراً وان كانت ثيباً فلا يجوز طلاقها

---

(١) نص المادة ١٦٤ : عقم الزوجة عشر سنين او خمساً اذا كانت ثيباً يوجب على الرجل شرعاً ان يطلقها ولها مالها من الحقوق في العقد .

قبل خمس سنوات أما عقم الزوج فيختلف ان كان عقمه محققاً فيجب عليه الطلاق دون مراعاة للزمن .

أما اذا لم يتحقق عقمه وكانت الزوجة بحاجة الى غلام جاز لها طلب الطلاق مع مراعاة المدد الزمنية التي حددها القانون بالنسبة لعقمها .

اذا رجي شفاء المريض فلا تفريق :

اذا أصيب الزوج بمرض من الامراض المعدية فعلى الزوجة أن تصبر ستة اشهر فان رجي شفاؤه فلا تفريق والا وجب الطلاق .

نصت المادة ١٢٧ : اذا منع الرجل مرض صبرت امرأته ستة أشهر فاذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ولها مؤجل الصداق .

م ١٢٨ : اذا كان المرض يرجى شفاؤه فللسلطة الشرعية مد المهلة .

* * *

تشدد القراءون في التطليق فاشترطوا ان يكون لمسوغ شرعي يقدره القاضي .

اولا ـ عيوب الزوجة :

واعتبروا العيب من المسوغات الشرعية بحيث لا يقع الطلاق بدونه بعكس الربانيين الذين وان اشترطوا المسوغ الشرعي ولكن لم يرتبوا البطلان على عدم وجوده بل الاثم الدياني وسقوط بعض الحقوق المالية .

أقسام العيوب :

ووصف القراءون العيب بأنه مما لا يحتمل ، وقسموه الى قسمين :

١) القسم الاول : من العيوب ما كان ماساً بالدين فكل استهتار او تقصير من الزوجة بأمر من الامور الدينية يحل لزوجها ان يطلقها لأجله .

٢) القسم الثاني : من العيوب ما كان في الخُلُق او الخَلْق وقد توسعوا في هذا القسم حتى اعتبروا قصر النظر في العينين عيبا يجيز التطليق .

وفي الطلاق للعيوب تسقط حقوق الزوجة المالية سوى ما كان لديها من جهاز وما في حوزتها .

تقدير القاضي

وتقدير العيوب بأنها غير محتملة يعود للقاضي فهو الذي يقرر أن العيب يمكن للزوج الصبر عليه أم لا يمكنه ذلك .

العلم بالعيب :

ولا يسقط حق الزوج بالطلاق اذا علم بالعيب ويجوز أن يطلق ويدفع المؤجل كاملا . اما اذا لم يكن يعلم بالعيب فلا يدفع المؤجل . هذا اذا كان العيب حين عقد الزواج .

العيب الطارىء :

أما العيب الطارىء فان كان العيب مرضيا فالمؤجل واجب أما ان كان خلقياً فلا يجب .

نفقة علاج الزوجة على زوجها :

وكذلك أوجبوا علاج الزوجة على زوجها حتى تبرأ من مرضها وان ازمن المرض .

جاء في شعار الخضر[1] : وأوجب عليه أهل الشرع علاجها اذا مرضت حتى تشفى واذا ازمن المرض واستوجب كثرة الانفاق فله أن يعطيها مما لها عنده من الحقوق وتنفق منها ولكنه مكروه .

* * *

(١) شعار الخضر ص ١١٤

ثانيا ـ عيوب الزوج :

ولا فرق في العيوب المجيزة للتفريق بين الرجل والمرأة ، فللزوجة أيضاً ان تطلب الطلاق لعيب في الزوج .

جاء في شعار الخضر[١] : واذا أعطى المسوغ للرجل حق الطلاق فهو يعطيه أيضاً المرأة فتطلب طلاقها منه شرعاً كما يطلب فكما تطلق المرأة مختارة ومكرهة يطلق الرجل كذلك مختاراً او مكرهاً . وان أبى الزوج الطلاق فالقاضي يطلق عليه ويفرق بين الزوجين .

وقال في شعار الخضر أيضاً[٢] : وللشرع نهي الرجل عن الاعراض واذا طلبت الطلاق الزموه به وكذلك اذا كان عنيناً أو مريضاً ومنعه المرض عنها ستة أشهر .

كما ان طائفة القرائين أجازوا التفريق للجنون خلافاً لطائفة الربانيين .

ويتحقق العيب او المرض سواء أكان خلقياً او نشأ عن عاهة مستديمة او طارئة او كان بفعل انسان او حيوان او شيء من الأشياء[٣] .

* * *

---

(١) شعار الخضر ص ١٢٨ .

(٢) المصدر السابق ص ١١٣

(٣) الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للدكتور احمد سلامه ج ٢ ص ٢٢٩ .

المقارنة في التفريق للعيوب والامراض

بين الشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية

اوجه الاتفاق :

أنه حق مشترك لكل من الزوج والزوجة وهو ما عليه جمهور المسلمين وفي الشريعة اليهودية .

١ ـ ان العيوب ليست محصورة لدى جمهور الفقهاء المسلمين حسب ما حققناه وهو ما ذهبت اليه الشريعة اليهودية .

٢ ـ ان مجرد علم السليم بمرض صاحبه يعتبر رضاء منه بذلك فيسقط حقه في طلب التفريق في أكثر العيوب .

٣ ـ كما تتفق الشريعتان في أن المرض او العيب اذا كان مرجو الشفاء فلا تفريق ، والا جاز ذلك .

اوجه الخلاف :

١) أن التفريق للعلل والامراض في الشريعة الاسلامية هو حق للسليم من الزوجين فله أن يطالب به وله الصبر على صاحبه مع الاجر والثواب من الله عز وجل .

أما في اليهودية فالتفريق واجب على الزوج ، وقد تحرم الزوجية بينهما في بعض العيوب ، بل ولو رضيت الزوجة فلا يجوز الابقاء على الزوجية .

٢) اعتبر الشرع اليهودي العقد باطلا اذا وجد عيب جنسي او جنون حين العقد بأحد الزوجين . أما في الشريعة الاسلامية فالعقد صحيح ولكن للسليم أن يطلب التفريق . وقد علل فقهاء المسلمين صحة زواج المجنون بأنه قد يكون في زواجه علاجاً له من مرضه فلا يجوز حرمانه من ذلك العلاج .

٣) استثنى اليهود الربانيون الجنون من التطليق للعيوب بعكس طائفة القرائين حيث اعتبروه عيباً يجيز طلب التفريق . أما في الشريعة الاسلامية فهو عيب يجيز التفريق .

٤) العقم سبب موجب للتفريق بل انه الزامي في حالات عدة لدى اليهود . بينما في الشريعة الاسلامية وفق اقتراحنا أنه سبب يبيح طلب التفريق كبقية العيوب التي تحول دون تحقيق غاية الزواج وهدفه في هذه الحياة .

— وان كان لا نص لدى الفقهاء في هذا الموضوع —

* * *

الفــرع الثاني

التفريق للعيوب لدى المسيحية

التطليق للامراض والعيوب في المسيحية

الاقباط الارثوذكس :

اجاز الاقباط الارثوذكس التطليق لعيب في أحد الزوجين في مجموعاتهم الحديثة وخاصة في قانون ١٩٣٨ وفي مجموعة ١٩٥٥ وذلك نقلا عن ابن لقلق وعما جاء في المجموع الصفوي لابن العسال والخلاصة القانونية لايفامانوس فيلوتاؤس عوض .

ففي قانون ١٩٣٨ :

اذا أصيب احد الزوجين بجنون مطبق أو مرض معد يخشى منه على سلامة الآخر ، يجوز للزوج الاخر ان يطلب الطلاق اذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء .

ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق لاصابة زوجها بمرض العنه اذا مضى عـــلى اصابته ثلاث سنوات . وثبت أنه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة في سن يخشى فيه عليها من الفتنة .

ونظراً لاطلاق هذا النص في التطليق للامراض المعدية دون حصر لها فقد وجه الى القانون نقد شديد بسبب ما قيل من أنه مخالف لما ورد في الكتاب المقدس من أن الزواج ارتباط أبدي حتى الموت .

ولما في افتراق الزوج عن زوجه المريض من نكران للجميل ومنافاة لمبدأ التعاون المفروض بين الزوجين [1] .

جاء مشروع ١٩٥٥ فقيد التطليق للامراض :

م ٥٢ : اذا أصيب احد الزوجين بجنون مطبق يجوز للزوج الاخر ان يطلب الطلاق اذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت أنه غير قابل للشفاء .

ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق اذا اصيب زوجها بمرض العنه وثبت أنه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة في سن يخشى عليها فيه من الفتنة ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات .

وبما ان مجموعة ١٩٥٥ لم تكتسب الصفة الالزامية لانها لم تستكمل شروطها القانونية كان لا مناص من الرجوع الى قانون ١٩٣٨ والمجموعات القديمة .

ذكر ابن لقلق[2] : ان الزيجة تنفسخ ... بحدوث ما يمتنع معه الاجتماع المقصود بالزيجة . وقال : وأما امتناع الاجتماع المقصود بالزيجة كالخصي والجنون المطبق والجذام والبرص والعظم المانع في النساء والعنين والخنثى وما يجري هذا المجرى .

كما ان ابن العسال ذكر ان ما تنفسخ به الزيجة يشمل[3] :

ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة ، وهو طبيعي كالعنين ، وهو الذي لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع المذكور ، والخنثى ، وهو الذي له فرج الذكر والمرأة معاً في موضع واحد ، وكمن لها عظم زائد .

وإما عرضي وهو ثلاثة أخرى :

(١) احدها : الخصي .

---

(١) الاحوال الشخصية نمر وحبشي ص ٣٥٤

(٢) ملحق المجموع الصفوي ص ٢٤٢

(٣) ذكرت هذه العيوب في القسم الثامن من موانع الزواج بالمادة ٣٩ الا انه أحال في الفصل السادس فيما يفسخ به الزواج على القسم الثامن .

(٢) وثانيها : الجنون الذي يكون زمان الافاقة منه أقل .

(٣) وثالثها : الامراض القاطعة كالجذام .

وأما البرص فالأمر فيه راجع الى الاختيار .

وجاء في السبب السابع في الخلاصة القانونية في باب فسخ الزواج [١] :

اذا حدث لاحدهما بعد الزواج ما يمتنع بواسطته المقصود بالزيجة من الموانع الشخصية الغير ممكن برؤها (المبنية بالنوع الثاني من القسم الاول من المسألة السابعة عشرة) ورغب المعافى منهما الفرقة بعد أن تكون مضت له مدة ثلاث سنوات مستمراً مع قرينه من عهد ما أصيب بذاك المرض المانع ولم يتمكنا من الا جتماع الزوجي التناسلي وتحقق ذلك جلياً يجاب وتفسخ الزيجة .

ولو رجعنا الى ما أحال اليه صاحب الخلاصة لوجدنا تحت عنوان الموانع الشخصية[٢] « وهي كل ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة . وذلك إما ان يكون المانع طبيعيا كالعنين وهو ما لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع . والخنثى وهو الذي له عضو الذكر والانثى معا . وكمن لها عظم زائد مانع . وإما عرضيا (وان كان حادثا الا أنه ثابت) وهو الخصاء وما يجري مجراه من موانع الاجتماع التناسلي ان كان من جهة الذكر او الانثى والجنون المطبق والجذام والبرص » .

ونلاحظ من مجموعة هذه النصوص ، مع خلاف يسير في بعضها ، انها أجازت التطليق للجنون والامراض المعدية والتناسلية .

أولاً : الجنون [٣] :

ذكرت المجموعات الفقهية والقانونية ان الجنون من أسباب التطليق ويشترط في ذلك الشروط التالية :

---

(١) الخلاصة القانونية ص ٣٨

(٢) المصدر السابق ص ٢٢ — ٢٣

(٣) يقسم فقهاء الشريعة الاسلامية الجنون الىمطبق وهو ما استمر ذلك شهراً كاملا دون افاقة، وقال =

١) أن يكون الجنون مطبقاً أي لا يتخلله افاقة . ويلاحظ ان ابن العسال خالف ذلك فنص على هذا بقوله :

« الجنون الذي يكون فيه زمان الافاقة منه أقل » .

٢) ان يثبت انه غير قابل للشفاء وهذا ما استحدثه قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ حيث لم يرد بالمجموعات السابقة هذا الشرط .

وبديهي أن تقدير ذلك للاطباء الذين يقررون مدى قابلية المجنون للشفاء أو عدمه .

فاذا قرر الاطباء ان الجنون قابل للشفاء فلا يجوز التطليق .

٣) أن يمضي على الزوج ثلاث سنوات وهو مريض بالجنون حسب ما جاء في قانون ١٩٣٨ والخلاصة القانونية .

أما في مجموعة ١٩٥٥ فاشترط مضي خمس سنوات على المرض .

ويلاحظ أيضاً أن هذا الشرط لم يرد في قوانين ابن لقلق ولا في المجموع الصفوي لابن العسال .

ثانياً ـ الامراض المعدية :

انفردت مجموعة ١٩٥٥ بعدم ذكر الامراض المعدية ضمن الاسباب التي تبيح التطليق ولكن رغم هذا فللقضاء أن يحكم بالتفريق بناء على ما ورد في المجموعات السابقة وخاصة قانون ١٩٣٨ لأن المجموعة كما سبق أن ذكرنا لا تقوى على نسخ التشريعات السابقة لانها لم تكتسب صفة الالزام من الناحية القانونية . ومما يجدر التنبيه اليه ان المجموعات التي جاء فيها ذكر التطليق للأمراض المعدية لم تذكر ما عددته على سبيل الحصر بل على سبيل المثال .

= بعضهم يشترط ان يستمر سنة فاكثر . والى جنون متقطع وهو ما كان دون ذلك . مباحث الحكم عند الاصوليين للدكتور محمد سلام مدكور .

واما في القانون المدني فلا توجد هذه التفرقة ونصت المادة ٤٥ : « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن او عته او جنون » المدخل للدكتور عبد المنعم البدراوي ص ١٦١

وقد اشترطت المادة ٥٤ من قانون ١٩٣٨ للتطليق للمرض المعدي الشروط التالية :

١) أن يكون المرض معديا بشكل يخشى منه على سلامة الآخر .

٢) أن يمضي على المرض ثلاث سنوات .

٣) أن يثبت طبياً أن المرض غير قابل للشفاء .

ثالثاً ـ الأمراض الجنسية :

يذكر فقهاء المسيحية على أن غاية الزواج هي التوالد وطلب النسل [١] . ولهذا جاء في المادة ١٤ من مجموعة قواعد الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس لعام ١٩٥٥ : الزواج سر مقدس يتم بصلاة الاكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الارثوذكس يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين اسرة والتعاون على شؤون الحياة ويثبت بعقد يجريه الكاهن .

ويتضح من هذا أن الزواج اذا لم يحقق غايته كأن أصيب أحد الزوجين بعجز تناسلي أو أي مرض تناسلي يحول دون ثمرة الزواج كان للطرف الآخر أن يطلب التطليق من القاضي .

على أنه يلاحظ أن قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ قصر التفريق بسبب العجز الجنسي على الرجل دون المرأة فقد ذكرا العنة في الرجل فقط سبباً من أسباب التطليق مع أن المجموعات السابقة لم تحصر هذه العلل بل ذكرت كل ما منع المقصود من الزيجة من عيب يحول دون الجماع سواء كان في الرجل أم في المرأة .

وهذا نقص في التشريع ، فضلا عن ان المصلحة تقتضي التفريق بين زوجين أصبح أحدهما لا يستطيع أن يقوم بواجبه الزوجي نحو الآخر .

وشروط التطليق كما جاءت في المجموعتين الاخيرتين هي :

١) أن يثبت ان مرض العنه غير قابل للشفاء[٢] .

---

(١) الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين حلمي بطرس ص ٩٧

(٢) ولكن يلاحظ ان تقدير الاطباء لعدم قابلية العنه للشفاء ليس من السهل دائماً ولهذا فان للمحكمة تقدير ذلك . اهاب اسماعيل ص ١٦٥ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .

٢) أن تكون الزوجة في سن تخشى فيه الفتنة اذا تركت بدون زواج .
٣) ان يمضي على الزوج المريض ثلاث سنوات كما جاء في قانون ١٩٣٨ وخمسا كما جاء في المجموعة ١٩٥٥ .

الروم الارثوذكس :

أجاز الروم الارثوذكس التطليق اذا ما وجد بأحد الزوجين علة جنسية خفيت على الطرف الآخر ، وكذلك في حالة الجنون والجذام .

نصت المادة ١٢ من قانون ١٩٣٧ :

« لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعدم مقدرة الآخر على استيفاء فرص الزواج بالجماع ، اذا كانت هذه العلة موجودة حين عقد الزواج ، وكان يجهلها الطالب ودامت ثلاث سنوات من حين الزواج واستمرت الى وقت رفع الدعوى وللزوجة أن ترفع دعوى الطلاق ولو قبل فوات الثلاث سنوات في حالة ما تكون عنة الزوج مستمرة وغير قابلة للشفاء ومثبوتة بفحص طبي قانوني » .

ويلاحظ ان حق طلب التطليق مشترك ، فللرجل او المرأة أن يطلب ذلك اذا ما بصاحبه علة تمنع الاتصال الجنسي . على أنه يشترط أن تكون العلة وقت العقد . أما العلة الطارئة فلا يجوز الفسخ بسببها .

لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق في حالة ما يصاب الآخر في قواه العقلية لدرجة تجعل حياة قرينه معرضة للخطر ولا يكون لهذه العلة أي أمل بالشفاء ، وتكون قد دامت ثلاث سنوات أثناء الزواج .

ولكل من الزوجين أن يطلب ايضاً الطلاق إذا أصيب الآخر بالجذام [1]

ونصت المادة ١١ : « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق في حالة ما يصاب الآخر في قواه العقلية لدرجة تجعل حياة قرينه معرضة للخطر ، ولا يكون لهذه العلة أي أمل بالشفاء ، وتكون قد دامت ثلاث سنوات أثناء الزواج » .

---

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور شفيق شحاته ١٦/٤

الكاثوليك :

نصت المادة ٥٨ التقنين الكاثوليكي الشرقي الصادر في سنة ١٩٤٩ :

١) العجز السابق المؤبد سواء أكان من طرف الرجل أم من طرف المرأة وسواء أكان الزوج عارفاً به أم لا مطلقاً كان هذا العجز كلياً أم نسبياً، يبطل الزواج بحكم القانون الطبيعي نفسه .

٢) اذا ارتيب في مانع العجز سواء أكان الريب من قبل القانون أم من قبل الواقع فلا يمنعن الزواج .

وهكذا نجد أن الكاثوليك رغم انهم يحرمون التطليق ولكنهم أمام الضرورات الملحة اعتبروا العجز الجنسي من موانع الزواج اذا وجدت اثناء عقد الزواج ولم يحصل دخول.

هل يعتبر العقم من العلل المجيزة للتطليق في المسيحية ؟ ..

لم تنص المجموعات الاقباط الارثوذكس على التطليق لعلة العقم في أحد الزوجين ألا أن الشريعة الارمنية أجازت ذلك قبل صدور تقنينها الجديد المطبق في مصر حالياً .

يقول الدكتور شفيق شحاته[1] : « وقد خالف التقنين تقاليد الشريعة الارمنية كذلك عندما نص بالفقرة الثانية من المادة ١١ على أن « عقم الرجل او المرأة لا يجعل العقد باطلاً » — فقد عرفنا ان عقم المرأة وان لم يفرد في أي وقت من الاوقات الى ابطال عقد الزواج عند الارمن ، الا انه كان يؤدي عندهم الى فسخه » .

واننا نرى ان قانون الاقباط الارثوذكس وان لم ينص صراحة على الاعتداد بهذا العيب ولكن النصوص المتواترة عن رجال الكنيسة تؤكد أن غاية الزواج هو حفظ النوع البشري عن طريق التناسل والتوالد ولهذا فهم اجازوا التفريق للعلل الجنسية لأنه يحول دون ذلك بل انهم لم يحصروا العيوب بل قالوا وكل ما جرى مجرى ذلك ، وبما أن العقم يحول دون تحقيق ثمرة الزواج فوجب الاعتداد به سبباً من أسباب التفريق .

ويقول الدكتور اهاب اسماعيل[2] : « ولكنا نرى ضرورة الاعتداد بالعقم كسبب من أسباب التطليق في شريعة الاقباط الارثوذكس » [3] .

---

(٢) المصدر السابق ٣٢/٤

(١) اهاب اسماعيل ص ٢٢٠ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .

(٢) وقد اختلف الاجتهاد القضائي في الاعتداد بالعقم كسبب يجيز التفريق .

الاجتهادات القضائية

ونظراً لتعدد مصادر الشريعة المسيحية وخاصة لدى الاقباط الارثوذكس الذين توسعوا في التطليق نرى أنه لا بد من الرجوع الى القضاء لمعرفة مدى تطبيق هذه النصوص .

الاعتداد بالعقم كعيب يجيز التطليق :

« لما كان الغرض من الزواج حسبما ترمي اليه الشريعة المسيحية هو انجاب الذرية بحيث تنتفي معه اذا ثبت انه لن يؤدي لهذه الغاية المرجوة ، وقد انقضى على الزواج هنا زهاء الاربعة عشر عاماً دون انجاب اطفال لعقم الزوجة فان في ذلك ما يدعو الى الطلاق[1]

وفي هذا المعنى أيضاً : « كون الزوجة عاقراً لا تنجب رغم مضي عشر سنوات على زواجها وتقرير الطبيب بعدم احتمال حملها وظهور عدم الاحتمال من سنها كذلك يبرر طلب الزوج الطلاق[2] » .

عدم الاعتداد بالعقم :

وعكس ذلك : « ان القول بان الزوجة عقيم لا يعتبر هذا سبباً لفصم رابطة الزوجية لأن الشرع لدى الاقباط الارثوذكس يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لاسباب التطليق » [3] .

وجاء أيضاً : « ليس في شريعة الاقباط الارثوذكس ما يبيح الطلاق لعدم انجاب الذرية[4] » .

---

(١) محكمة الزقازيق الابتدائية للاحوال الشخصية ١٩٥٦/١٢/٨

(٢) حكم مجلس ملي فرعي دمنهور للاقباط الارثوذكس ١٩٥٥/٥/٢١ صالح حنفي ١٨٩/١ .

(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٧/٣/١٣ دكتور رفعت خفاجي ص ١٣١ .

(٤) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/١١/٢٤ صالح حنفي ٤٨٩/٢

التطليق للمرض خشية العدوى :

« لما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على اعتبار المرض سبباً من أسباب الطلاق لدى الاقباط الارثوذكس ، الا ان ذلك مقصود بأن يكون هذا المرض من الامراض التي تلحق ضرراً جسيماً بالزوج الآخر سواء كان ذلك الضرر من ناحية خطر انتقال عدواه اليه او من صيرورته حائلا دون تحقيق أي غاية من غايات الزواج ، والا يكون هذا المرض قابلا للشفاء ، فاذا كان يرجى شفاؤه فينبغي ألا تطول مدته الى الحد الذي يترتب على الضرر (١) » .

طلب التفريق هو حق للسليم دون المريض :

« ان رغبة الزوج في التخلص من الحياة الزوجية لا تبرر اجابته لطلب الطلاق ولو كان سنده قرحة عشرين عاماً بمعدته وسوءحالته الصحية مما حال دون الوفاء بالمعاشرة سنده قرحة عشرين عاماً بمعدته وسوء حالته الصحية مما حال دون الوفاء بالمعاشـــرة الزوجية وأدى الى استمرار النزاع لمدة عشر سنوات وترك مسكنه ما دامت الزوجة تعلم بحالته وترضاه وترعاه أثناء مرضه (٢) » .

التطليق للجنون :

« مرض الزوج بمرض عقلي مدة تزيد عن خمس سنوات مع استمرار المرض وعدم انتظار شفائه يبيح للزوجة طلب التطليق من زوجها(٣) » .

التطليق للعنة النفسية :

« اذا ثبت من التقرير الطبي الشرعي ان الزوج مصاب بعنة نفسية بالنسبة لزوجته وان الامل في شفائه منها ضعيف فقد قام ما يمنع الاجتماع المقصود بالزواج فيكـــون طلب التطليق في محله(٤) » .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/٣/٩

(٢) مجلس ملي فرعي اسكندرية ١٩٥٥/١٢/١٦صالح حنفي ص١٨٩ واشار اليه الدكتور خفاجي ص٧٢.

(٣) محكمة دمنهور الابتدائية ١٩٥٦/٤/١٠ حنفي ٤٧٦/٢ .

(٤) محكمة اسكندرية الابتدائية ١٩٥٧/٦/٢٥ .

حصر الأمراض المسوغة للتطليق والاعتداد بقانون ١٩٣٨ :

« لا تجيز شريعة الاقباط الارثوذكس التطليق بسبب كل مرض يصيب أحد الزوجين والا لما كانت معاونة او مساعدة من جانب أحد الزوجين للآخر وانما وضع قانون الأحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس الصادر في ١٩٣٨/٥/٩ ضوابط استمدها من روح رجال الدين ونصوصهم[1] » .

وفي هذا المعنى « ان المرض الذي عزاه الزوج لزوجته مردوده بأن الشرع لدى الاقباط الارثوذكس يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب الطلاق ، وان المقصود بالمرض الذي يبرر التطليق في مدلول المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية ان يصاب أحد الزوجين بجنون مطبق او بمرض معد يخشى منه على سلامة الزوج الآخر وأن يكون قد مضى عليه ثلاث سنوات وأن يثبت أنه غير قابل للشفاء فإنه اذا ما تخلفت أحد هذه الشروط الأربعة فهو حتماً لا يخول الحق في طلب الطلاق[2] .

ونحن لا نوافق على ما ذهبت اليه المحكمة في حصرها الأمراض المجيزة للفسخ أو التطليق لأن النصوص القديمة التي استمد منها قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ والتي لا تزال تعتبر المرجع الاول لقضاء الاحوال الشخصية لدى الاقباط الارثوذكس لم تأت بالعيوب والعلل على سبيل الحصر بل جاءت بذكرها على سبيل المثال[3] .

وقد اشترط القضاء لمن يطلب التطليق لمرض أصاب زوجه الا يكون قد تسبب في مرضه او تساهل في علاجه او قصر في تقديم واجب المعونة اليه حتى اصيب بالمرض وذلك لئلا يستفيد المقصر والمهمل من تقصيره واهماله .

---

(١) أستئناف القاهرة ١٩٥٨/٣/٢٠ .

(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٦/١١/٢١ .

(٣) ومن يذهب الى عدم الحصر في الامراض المسوغة للطلاق الدكتور اهاب اسماعيل ص ١٦٩ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .

فاذا كان سبب المرض راجعاً الى فعل الزوج او بخطئه ، فان مثل هذا المرض لا يعطي الحق للزوج في طلب التطليق كما لو ان الزوج لم يقدم لزوجته المسكن الملائم أو الرعاية الصحية التي يجب أن يوفرها لزوجته حسب امكانياته المادية واصيبت زوجته بمرض نتيجة ذلك فلا يجاب الى طلبه بالتطليق جزاء أهماله وتقصيره[1] .

* * *

(١) في هذا المعنى حكم محكمة القاهرة الابتدائية ٩/٢/٩٥٦ وحكم آخر لمحكمة استئناف القاهرة ٢٠/٣/١٩٥٧ رفعت خفاجي ص ٧١ .

ملاحظاتنا على ما جاء من مواد التفريق

للأمراض والعيوب في المسيحية

١) لم يكن التفريق للعيوب والامراض قبل عصر ابن العسال :

يلاحظ في تاريخ التشريع المسيحي ان التفريق للعلل والامراض بين الزوجين لم يكن معترفاً به قبل عصر ابن العسال فهو الذي وضع هذه القواعد اذا ما أصاب أحد الزوجين علة جنسية او معدية خشي منها على الزوج الآخر .

جاء في كتاب الاحوال الشخصية لغير المسلمين(١) :

لم تجز قوانين التطلسات التطليق لجنون أحد الزوجين . ولكن ابن العسال قد انفرد من بين الفقهاء باجازة التطليق في هذه الحالة .

ويقول في محل آخر (٢) : اذا عرض لاحد الزوجين ما يمنع الاجتماع المقصود بالزيجة بينهما لم يكن في القوانين القديمة ما يمكن حلها ثم تدرج الفقهاء في اجازته فقال ابن لقلق بجوازه ان استمرت عنة الزوج ثلاث سنوات وتبعه في ذلك ابن العسال(٣) .

ونحن اذا رجعنا الى تعريف العيوب كما جاءت في المجموع الصفوي لابن العسال نجد التشابه الواضح بين ما ذكره وما جاء في كتب الفقهاء المسلمين ، مما لم تعرفه الكنيسة من ذي قبل .

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين الفي وحبشي ص ٢٥٤ .

(٢) المصدر السابق ص ٣٥٥ .

(٣) يلاحظ هنا ان ابن لقلق هو الذي طلب من ابن العسال وضع كتاب في الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس فهما في عصر واحد .

وفي هذا يقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه الأحوال الشخصية(٤) :

وقد رجع أيضاً ابن العسال الى كتب الفقه الاسلامي، وبوجه خاص الى كتب ابن اسحاق الشيرازي في المذهب الشافعي (١) .

٢) توسع المحاكم فيما ذهبت اليه :

ومن استعراضنا لما ذهبت اليه المحاكم نرى انها لم تتقيد بمجموعة ١٩٥٥ بل تجاوزت قانون ١٩٣٨ الى المجموعات الفقهية القديمة باعتبارها المنبع الاول والمصدر لهذه التشريعات . وفي هذا دلالة على المرونة التي يسير عليها القضاء المصري مستلهما في هذا المصلحة والضرورات العملية .

وأكثر من هذا فان اشتراط مدة ثلاث سنوات على الزواج حتى يجيز للطرف الآخر طلب التفريق كما جاء في القانون لا أصل له حتى قالت بعض المحاكم ان هذا اشتراط تحكمي لا أصل له بين المصادر الفقهية القديمة .

٣) عدم حصر العيوب :

كما نلاحظ ان بعض الاجتهادات القضائية لم تتقيد بالعيوب التي جاءت بالقانون حصراً كالتفريق بسبب العقم .

* * *

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين :١/٤١ شفيق شحاته

(٢) راجع ما كتبناه في التمهيد في هذا الكتاب .

المبحث الرابع

التفريق المعيوب في قوانين البلاد الاجنبية

التفريق للعلل والعيوب في القانون الالماني :

توسع القانون الالماني في التفريق للعلل والعيوب بين الزوجين فأجاز لكل منهما أن يطلب التطليق من القاضي في حالات ثلاث :

١) تصدع الحياة الزوجية لخلل في القوى العقلية لأحد الزوجين :

م ٤٤ : اذا أصيب احد الزوجين بخلل في قواه العقلية أدى الى انفصام رباط الزوجية انفصاماً بالغاً بحيث لا يتصور معه دوام المعيشة بين الزوجين .

٢) المرض العقلي :

م ٤٥ : اذا اصيب أحد الزوجين بمرض عقلي بليغ يؤدي الى زوال الوفاق بين الزوجين زوالاً نهائياً .

٣) الأمراض المعدية والمنفرة :

م ٤٦ : اذا اصيب أحد الزوجين بمرض عضال معد او تعافه النفس وتعذر تحديد مدة شفائه منه[1] .

على أن المادة ٤٧ من القانون الالماني قيدت حق التطليق بهذه المواد بعدم الاضرار بالزوج المريض اضراراً بليغاً بحيث لو كان التفريق يسيء اليه في صحته اساءة بالغة فلا

(١) الاحوال الشخصية للاجانب ص ٥٩

يجوز التفريق مراعاة لقواعد الاخلاق والالتزام بالاخلاص الزوجي . وهذا كله متروك لتقدير القاضي حسب ظروف كل مريض ومقدار الامل بشفائه[1] .

ويلاحظ في التفريق للأمراض حسب المواد السابقة :

١) ان العيوب والامراض التي نص عليها القانون غير محصورة فكل مرض معد او منفر يجيز طلب التطليق .

٢) ان حق طلب التطليق منوط بعدم الاضرار بالمريض ضرراً بالغاً .

٣) يستعين القاضي على تقدير خطورة المرض بالأطباء .

٤) يشترط في التطليق لخلل في العقل أن يؤدي الى استحالة الحياة الزوجية وفي بقية الامراض يشترط تعذر الشفاء في وقت قريب والا فلا تفريق .

* * *

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ٦٧٩ .

التفريق للعلل والعيوب في القانون اليوناني

أجاز القانون اليوناني لكل من الزوجين أن يطلب التطليق اذا ما أصيب صاحبه بمرض البرص أو الجنون ، كما أجاز القانون التطليق اذا ما كان أحد الزوجين مصاباً بالعجز الجنسي أثناء عقد الزواج ولم يعلم الآخر به[1] .

م ١٤٤٣ : **آفة العقل** : — لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق اذا أصيب الآخر بآفة في العقل من شأنها أن تجعل التفاهم بينهما مستحيلاً ، اذا استمرت هذه الحال أربع سنوات على الأقل خلال مدة الزواج .

وهذا أمر يخضع لتقدير القضاء أكثر من خبرة الاطباء لأنه لم ينص على أن المرض يجب أن يكون غير قابل للشفاء بل قال من شأنه أن يجعل التفاهم بين الزوجين مستحيلاً . وكل ما شرط القانون هو مضي أربع سنوات على المرض أثناء الزواج [2] .

م ١٤٤٤ : **البرص** : لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق اذا أصيب الآخر بالبرص [3] .

ولا يجوز القياس على هذا النص بالنسبة الى أي مرض آخر مهما تكن خطورته أو خطر العدوى منه ، او انتقاله بالوراثة .

م ١٤٤٦ **العنة** : لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعنة بالزوج الآخر اذا كانت هذه الحالة قائمة وقت انعقاد الزواج دون أن يعلم بها المدعي ، واستمرت ثلاث سنوات منذ هذا التاريخ مع بقائها وقت رفع الدعوى .

---

(١) التقنين المدني اليوناني ص ١٥٩

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للشرقاوي ص ٣٠٦

(٣) الاحوال الشخصية للاجانب جميل خانكي ص ٢٥٣ .

ويشترط لتطبيق هذا النص كما هو واضح ثلاثة أمور :

١) أن تكون العنة موجودة حين عقد الزواج .

٣) ان تستمر ثلاث سنوات بعد زواجهما .

ولا فرق في هذا بين الرجل فكما يكون العجز الجنسي لدى الرجل قد يكون في المرأة لعلة فيها[١] .

* * *

---

(١) في بعض القوانين الاجنبية التي لا تجيز التفريق بسبب الأمراض وخاصة التناسلية فانها أمام الضرورات الملحة ، اعتبرت وجود اي مرض تناسلي في احد الزوجين مبطلا لعقد الزواج .
ومن هذه القوانين : قانون الولايات المتحدة الامريكية . جميل خانكي ص ٦٧ .

التفريق للعلل والامراض في القانون الانجليزي

أجاز المشرع الانجليزي لكل من الزوجين أن يطلب التطليق من القاضي اذا ما أصيب صاحبه بالجنون وكان غير قابل للشفاء وذلك في القانون الصادر في ١٩٥٠ .

وكان أول قانون صدر في انجلترا يبيح طلب التطليق هو قانون ١٩٣٧ حيث عدد أسباب التطليق فجاء قانون ١٩٥٠ فاقتصر على بعضها والغى بعضها الآخر .

الجنون :

اذا أصيب الزوج بمرض عقلي غير قابل للشفاء واستمر المرض خمس سنوات جاز للزوج السليم طلب التطليق .

على ان القضاء اعتبر مجرد وجود المريض خمس سنوات تحت العلاج يعتبر قرينة على عدم قابليته للشفاء ، لأن اثبات عدم قابلية المريض للشفاء أمر ليس بالهين [١] .

العيب التناسلي :

كان قانون ١٩٣٧ يجيز للزوجة اذا ما أصيب زوجها بمرض تناسلي خطير أن تطلب من القاضي لتضررها من ذلك[٢] .

ولكن قانون ١٩٥٠ لم يذكر هذا العيب من جملة العيوب المسوغة لطلب التفريق .

* * *

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص ٤٧

(٢) الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٢٠

الفصـل الثاني

التفريق بين الزوجين للضرر والشقـاق •

المبحـث الاول :

في الشريعة الاسلامية

تمهيـد :

حرص الاسلام على وحدة الزوجية بما شرعه من حقوق وواجبات بين الزوجين فقد قال تعالى : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف [1] » وأمر كلا من الزوجين بالصبر على صاحبه فان كره أحدهما من الآخر أمرا فقد يعجبه منه أمور أخرى بل قد يكـون فيما يكرهه أحدهما خيرا لا يعرفه وسوف تظهره له الأيام .

قال الله تعالى : « فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيرا كثيراً » [2] .

والخطاب وان كان للازواج فهو للزوجات أيضاً لان الله اذا أوصى الزوج بالصبر مع الكراهية وهو يملك الطلاق فلأن يوصي الزوجة بالصبر مع الكراهية بالأولى .

ولكن هذه الحياة الزوجية التي يعيشها الرجل والمرأة في بيت واحد قد تبدو في سحبها بعض ما يعكر صفاءها من نشوز أحدهما او نفوره او بعدوى الآخر فشرع الله لكل حالة حكما سواء كان ذلك من الزوج ام من الزوجة ام من كليهما ــ كلها ترمي الى

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٢) سورة النساء آية ١٩

الاصلاح بين الزوجين وعودة الامور لحالتها الاولى . ويهذف الاسلام بما وضع من قواعد ومحاولات للصلح أن يحول بين الزوجين والفرقة ما استطاع الى ذلك سبيلا والا كان من السهل جداً أن يقول لكل منهما من لم يرض بما هو فيه فليطلق او ليطلب الطلاق .

ولكن الاسلام غاية ونظام الطلاق فيه أن يجعل هذا الانفصال علاجاً لا عقوبة ، شرع من الوسائل والمحاولات ما يضمن بقاء الحياة الزوجية بعيدة عن التفريق بين الزوجين ما أمكن ، فان استحال ذلك كان الفراق هو العلاج الوحيد حيث لا علاج سواه .

* * *

الفــرع الاول

كيف عالج الاسلام نشوز احد الزوجين

نجد أمامنا ثلاث حالات بينها القرآن الكريم في نظام الأسرة حرصا على وحدتها واملا في اصلاح ذات البين .

الحالة الاولى ـ نشوز الزوجة

جاء ذكر هذه الحالة مع علاجها في قوله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

الحالة الثانية ـ نشوز الزوج

وقد جاءت في الآية الكريمة : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضــاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » .

الحالة الثالثة ـ نشوز كل منهما عن صاحبه دون ان يعــرف من منهما المسيء

وجاء ذكر هذه الحالة بقوله تعالى : « فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » .

المطلب الاول ـ نشوز الزوجة

قال الله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

والخوف هنا بمعنى الظن أي ان ظننتم نشوزهن وفي هذا ارشاد للمبادرة بالعلاج قبل وقوع الداء .

والنشوز معناه : كما فسره ابن عباس وعطاء والسدى (١) : معصية الزوج فيما يلزمها من طاعته .

جاء في الشرح الكبير : (٣) معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته . مأخوذ من النشوز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته .

أراد المشرع الحكيم أن يكون علاج نشوز الزوجة من زوجها على مراحل ثلاث : بحيث لا ينتقل من مرحلة إلى أخرى الا بعد أن يعتقد انها لم تعد تجدي .

فالمرحلة الأولى :

مرحلة الموعظة لقوله تعالى : فعظوهن .

وموعظة الرجل لزوجته هو أن يذكرها بالله وبما فرض عليها من واجبات فقد تندم وتعود الى صوابها .

جاء في مغنى المحتاج(٣) :

لو ظهرت امارات نشوزها وعظها ندباً لقوله تعالى : واللاتي تخافون ... ويبين لها

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٢/٣٣٠ .

(٢) الشرح الكبير ٨/١٦٧ .

(٣) مغني المحتاج ٣/٢٥٩ .

حقوق الزوج وما ورد بالشرع من ذلك .

والبدء بالموعظة والارشاد هو البدء باقرب الحلول واسهلها فقد يكون سبب النشوز أمراً لا علاقة للرجل فيه ، فبالوعظ والارشاد ، يتبين له سبب هذا النفور .

جاء في المهذب[1] لأنه يجوز أن يكون ما ظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج .

ولا يقتصر النصح على مرة واحدة لا ن النساء تختلف في تقبل الوعظ والارشاد فرب امرأة تكفيها كلمة طيبة تجعلها ترجع عما هي فيه وأخرى لا يكفيها ذلك ، فيجب على الرجل حينئذ أن ينصحها لعلها تعود الى وضعها الطبيعي فتزول الجفوة بينهما .

ولا يجوز أن ينتقل من هذه المرحلة من الاصلاح الا بعد أن يعتقد انها لم تعد تجدي فلا النصح ولا الارشاد ولا الموعظة غيرت من نفسيتها شيئاً حينئذ ينتقل الى المرحلة الثانية .

قال الدردير[2] : ولا ينتقل لحالة حتى يظن ان التي قبلها لا تفيد .

المرحلة الثانية :

مرحلة الهجر لقوله تعالى واهجروهن .

اذا لم يجد الوعظ والارشاد والنصح من الزوجة مرة أو أكثر من مرة والزوج متمسك برباط الزوجية المقدس طاعة لأمر ربه . وحرصاً على وحدة اسرته وأملا برجوع زوجته الى رشدها وصوابها ، فالمرحلة الثانية من مراحل محاولات الاصلاح هي الهجر .

والانتقال الى المرحلة الثانية بعد أن فشلت المرحلة الاولى أمر طبيعي فالعلاج اذا لم يجدي مع المريض وجب على الطبيب تغيير الدواء .

والهجر في المضجع لا في الكلام لان الاسلام لا يريد أن يقطع حبل المودة المتين بين الزوجين لتبقى الصلة وثيقة رجاء الاصلاح وعودة الامور الى مجاريها . قال في التاج

---

(١) المهذب ٢/٢٧٤

(٢) الدردير على خليل ٢/٤٠٢

المذهب[1] : والهجر انما هو في المضجع لا في الكلام . ولان هجر الكلام منهي عنه أيضاً اذا زاد عن ثلاثة أيام والهجر قد يطول شهراً ولهذا كان الهجر هجر مضجع لا هجر كلام .

جاء في الشرح الكبير[2] : لقوله عليه السلام لما رواه أبو هريرة عنه : لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام .

وقال الحطاب [3] : وغاية الهجر شهر .

ويجب أن يكون الهجر في المضجع لقوله تعالى واهجروهن في المضاجع ولم يقل واهجروا مضاجعهن .

قال في المهذب [4] : وأما الهجر فهو ان يهجرها في الفراش .

وفي رأيي أن الهجر هنا ليس مقصوداً في ذاته بل إنه درس قاس يعطيه الزوج لزوجته لتعرف أنه جاد فيما هو فيه ، وما بعد هذا الا الفراق . وهو في الوقت نفسه امتحان يجتازه الرجل ليعرف نفسه هل يستطيع الصبر على فرقة زوجته قبل أن يطلقها اذا ما استمرت في عنادها .

ان في هجر الزوج لزوجته وهما في فراش واحد درس وامتحان يعرف قيمته كل زوج وزوجة .

هذا هو المقصود من الهجر ، التدرج في العلاج اذا استعصى الداء وليكون الزوج أمام زوجته رجلا في تصرفاته والا فأية قيمة لنصح وارشاد في الصباح وسمر ومضاجعة في الليل .

ولا يجوز ان ينتقل الى المرحلة الثالثة الا بعد فشل هذه المرحلة وهي كما قلنا مدة يجب

---

(١) التاج المذهب ٢/٧١ .
(٢) الشرح الكبير ٨/١٦٧ .
(٣) مواهب الجليل ٤/١٥ .
(٤) المهذب ٢/٧٤ .

ألا تتجاوز الشهر وعليه أن يجرب ويحاول الاصلاح ما أمكنه والا انتقل الى المرحلة الثالثة بعد يئسه من هذه المرحلة ، وان اطاعته وندمت ورجعت عن غيها لا يجوز له أن ينتقل للمرحلة الثالثة : لقوله تعالى : فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .

المرحلة الثالثة :

الضرب لقوله تعالى واضربوهن .

هناك بعض النساء من لا يكفيه الوعظ ولا يكترث بالهجر ، فما موقف الشارع من هذا النوع من النساء ؟ .. لقد أمر الاسلام الزوج ان يعظ زوجته باللين والنصح ، ففعل أكثر من مرة فلم ترجع عن خطأها ثم أمره أن يهجرها في المضجع ، فهجرها شهراً فلم ترعو فماذا يفعل ؟ ..

أمام الزوج في هذه الحالة أحد طريقين :

١) إما عرض الامر على القضاء .

٢) أو الطلاق .

وفي عرض الأمر على القضاء وشرح أسباب نشوز الزوجة مما تأباه الشريعة الاسلامية حرصاً على قدسية الحياة الزوجية من أن تكون أسرارها لدى أقل مناسبة معروضة أمام القضاء وان اباح الاسلام اللجوء الى القضاء فذاك حيث لا دواء سواه . أما هنا فالأمر ان أمكن حله فيما بين الزوجين فلا يجوز للغير أن يطلع عليه .

وفي الطلاق تشتيت للاسرة وتفريق لأفرادها وهدم لهذا العش الذي بناه الزوجان وهو ما كرهه الاسلام وبغضه ووصفه بأنه أبغض الحلال الى الله .

فماذا يفعل الزوج المسكين اذن ؟ ... ليس من المعقول أن نقول له اصبر بعد أن اجتاز هاتين المرحلتين مرحلة الوعظ والنصح ومرحلة الهجر .

جاءت الآية الكريمة فقالت : واضربوهن ...

والضرب كما جاء في كتب الفقه والحديث والتفسير لا ما اشتهر على السنة اعداء

الاسلام ولا على ما يفعله جهال المسلمين . هو أقرب الى المداعبة منه الى الضرب .

ومهما يكن من أمر فالتأديب بالضرب خير من التأديب بالطلاق لأن أثر الضرب لا يتعدى الزوجة بينما يتعدى أثر الطلاق الى جميع افراد الأسرة .

وللرد على أعداء الاسلام في هذا الموضوع أجد نفسي مضطراً لبحث بعض النقط بايجاز دون شرح وتطويل :

١) ما هو الضرب الذي جاء ذكره في القرآن الكريم .

٢) هل هو الزامي في كل نزاع زوجي .

٣) وهل هو لكل النساء .

٤) وأخيراً هل الضرب عقوبة يوقعها الزوج على زوجته .

١ – ما هو الضرب ؟

المقصود من الضرب هنا هو التدرج في محاولة الاصلاح بين الزوجين والانتقال من المرحلة الثانية بعد فشلها الى المرحلة الثالثة وذلك ان أصرت الزوجة على عنادها .

جاء في المغني[١] : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان أصررن فاضربوهن .

والضرب بحد ذاته هو الضرب غير المبرح ولا المؤذي ولا المؤلم .

جاء في المحلى[٢] : فان عصته حل له هجرانها حتى تطيعه وضربها بما لم يؤلم ولا يجرح ولا يكسر . وقد ذهب ابن حزم الى أن الزوج اذا تجاوز الضرب المشروع وكان للزوجة أن تطلب الطلاق من القاضي والتعزير للزوج .

وقال الدردير[٣] : ولا يجوز الضرب المبرح ولو علم انها لا تترك النشوز إلا به .

فإن وقع فلها التطليق عليه والقصاص .

---

(١) المغني ١٦١/٨ .

(٢) المحلى ٤١/١٠ .

(٣) الدردير ٤٠٢/٢ .

وقال المواق [1] : وان غلب على ظنه انها لا تترك النشوز الا بضرب مخوف لم يجز . فالضرب اذن ضرب خفيف لا كما يصور الوهم لاعداء الاسلام ، ولا يجوز الضرب المؤلم ولو كان فيه نفع وا صلاح لأنه ضرر ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام .

وقد ذكر الفقهاء أن الضرب يجب أن يكون بسواك أو بمنديل وشبهوه باللكزة أو نحو ها .

قال الحطاب[2] : والضرب في هذه الآية هو ضرب الادب غير المبرح وهو الذي لا يكسر عظما . ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها .

جاء في أحكام القرآن للجصاص[3] : ما رواه ابن جريج عن عطاء قال : الضرب غير المبرح بالسواك و نحوه .

وقال الحسن : ضربا غير مبرح ، وغير مؤثر .

٢) هل الضرب الزامي :

لا الزام على الزوج ان نشزت زوجته ان يضربها فقد ورد عن النبي عليه السلام في مناسبات عدة الأمر باجتنابه حتى قال بعضهم ان الضرب في القرآن نسخ في السنة لكثرة ما نهى عنه النبي عليه السلام .

قال عليه السلام : لا تضربوا اماء الله . وقال : لقد طاف بآل محمد سبعون امرأة كلهن يشتكين ازواجهن فلا تجدون اولئك خياركم[4] .

وجاء في مغنى المحتاج [5] والاولى له العفو عن الضرب ، وخبر النهي عن ضرب النساء محمول على ذلك ، او على الضرب بغير سبب يقتضيه لا على النسخ .

---

(١) المواق ١٦/٤ .
(٢) الحطاب ١٥/٤ .
(٣) احكام القرآن للجصاص ٢٣٠/٢ .
(٤) مختصر المزنى ٤٧/٥ .
(٥) مغنى المحتاج ٢٦٠/٢ .

وفي نهاية المحتاج [1] : والاولى العفو .

٣) هل هو لكل النساء :

الاسلام جاء لجميع الناس ولمختلف الطبقات ولهذا تدرج العلاج وتنوع في الاصلاح بين الموعظة والهجر والضرب . وكثير من النساء من يكتفين بكلمة واحدة ومنهن من يؤثر فيهن هجر ليلة واحدة ومنهن من يصررن لى عنادهن ، فلهذا النوع شرع الله الضرب بحدوده وقيوده .

يقول الشافعي[2] : وفي ذلك دلالة على اختلاف حال المرأة فيما تعاقب فيه وتعاقب .

يقول فضيلة الاستاذ الشيخ محمود شلتوت[3] : والواقع ان التأديب لأرباب الشذوذ والانحراف الذين لا تنفع فيهم الموعظة ولا الهجر امر تدعو اليه الفطرة ويقضي به نظام المجتمع .

* * *

٤) هل الضرب عقوبة يوقعها الزوج على زوجته ؟

الضرب الذي جاء في القرآن الكريم وكما وصفه الفقهاء هو علاج لوضع نشأ في الاسرة عن نشوز الزوجة وعدم جدوى النصح والهجر معها ، وليس عقوبة يوقعها الزوج على زوجته ، بدليل انهم قالوا لو علم ان في ضربه عدم رجوعها عما هي فيه فلا يجوز له الضرب لأن المقصود منه الاصلاح .

قال الحطاب[4] : واذا غلب على ظنه ان الضرب لا يفيد لم يجز له ضربها .

وقال أيضاً : فان المقصود منه الصلاح لا غير .

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٣٥ .

(٢) مختصر المزنى ٤/٤٧ .

(٣) الاسلام عقيدة وشريعة ص ١٧٦ .

(٤) مواهب الجليل ٤/١٥ .

وقال في تحفة المحتاج(1) : اما اذا علم أنه لا يفيد فيحرم .

وقال الدردير(2) : وأما الضرب فلا يجوز الا اذا ظن افادته .

وقال في المختصر النافع (3) : فان لم ينجح ، ضربها مقتصراً على ما يؤمل معه طاعتها ما لم يكن مبرحا .

فالضرب اذن ليس عقوبة على نشوزها ولكنه علاج لتلك الحالة التي طرأت على الاسرة وتفاديا لوقوع الفرقة بين الزوجين . ولهذا قال الله تعالى : فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .

أي اذا حصل الغرض بالوعظ او بالهجر فلا تضربوهن ولو كان عقوبة لأمر بالضرب لأن المذنب لا يعفه من العقوبة رجوعه عنها بعد ارتكابها .

وأخيراً فانه يبدو لي ان الضرب كما جاء في الآية الكريمة و كما احاطه الفقهاء بشروطهم وقيودهم أشبه بالأمر النظري منه الى العملي فان الزوجة التي لا يجدي معها النصح والرشاد ولا الهجر فلن يجدي غالبا معها لكزة يد أو ضربة سواك ، وانما جاء ذكر ذلك في القرآن الكريم ليكون آخر الدواء لعل أحداً يلوم المطلق اذا طلق فيقول له لو ضربتها لرجعت عن خطأها .

كما يبدو لي ان أ كثر نسائنا اليوم لا يجدي معهن هذا العلاج ولهذا فلا يجوز ضربهن اذا نشزن لان الضرب منوط بالمصلحة المرجوة منه ولا فائدة من ضرب هذه صفاته مع أكثر نساء اليوم(4) .

---

(1) تحفة المحتاج ٤٥٦/٧ .

(2) لدردير ٤٠٢/٢ .

(3) المختصر النافع ص ٢١٥ .

(4) وليس في هذا تعطيلا لحكم شرعي فحاشا لله ان نجرؤ على ذلك ، فان الضرب وان جاء على سبيل الندب فانه منوط بتحقيق الغاية المرجوة منه وهي اصلاح المرأة فقد يكون الضرب في عصرنا مفيداً ولا يفيد في عصر آخر وقد يصلح بعض النساء وقد يؤدي الى ذلك .

كما اني أرى ان الزوجة اذا ضربها زوجها بشكل مؤذ او مؤلم مخالفاً في هذا شرع الله ، فلها أن تطلب الطلاق من القاضي وعلى القاضي ان يحكم التفريق .

كما ان للزوجة في رأينا أن ترفع أمرها الى القاضي الجزائي لا للقاضي الشرعي في أمر ضرب زوجها ضرباً مؤلماً مؤذياً ، وعلى القاضي أن يطبق إحدى المادتين ٥٤٠ ، ٥٤١ من قانون العقوبات [1] اذا رغب بالبقاء على الحياة الزوجية .

أما اذا طلبت الزوجة الطلاق فيحق لها ذلك ويعتبر الضرب قرينة على حصـــول الشقاق والضرر بين الزوجين فيفرق القاضي بينهما كما سيأتي معنا تفصيل ذلك .

* * *

(١) تنص هذه المواد على عقوبة كل من أقدم على ضرب شخص او ايذائه بالحبس او بالغرامة ولم تستثن أحداً من ذلك .

المطلب الثاني ـ نشوز الزوج

قال الله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » .

تقدم حالة نشوز الزوجة وهذه حالة نشوز الزوج والمعنى فيهما واحد . فاذا شعرت الزوجة بكراهية الزوج لها أو أعراضه عنها لسبب قد يكون منها وقد يكون منه فيجب عليها أن تحاول استرضائه لاصلاح ذات بينهما .

اما إن اصر على إعراضه ، فقال الفقهاء : على الزوجة أن ترفع أمرها الى القاضي ليعزره وان أصر على عناده ونشوزه ورغبت هي بالبقاء معه ، فقال بعضهم : يأمر القاضي الزوجة بهجره فان لم يفد الهجر ضربه تعزيرا .

قال الدسوقي [١] : ان كان يضارّها بالهجر او الضرب او الشتم ، زجره الحاكم اذا رفعت أمرها اليه وأثبتت تعدي الزوج واختارت البقاء معه فانه يعظه اولا ان جزم بالافادة أو ظنها او شك فيها ، فان لم يفد ذلك ضرب ان جزم بالافادة وظنها .

وهناك طريقة أخرى : يعظه اولا فان لم يفد أمرها بهجره فان لم يفد ضربه والطريقتان على حد سواء . ولكن الظاهر الثانية : لان هجرها له فيه مشقة عليه بل ربما كان أضر عليه من الضرب .

وقال المواق[٢] : وقالوا في الزوج أنه يسجن .

وقال الخرشي[٣] : ان الزوج اذا كان يضار زوجته فلها أن ترفع أمرها الى الحاكم

---

(١) الدسوقي ٢/٤٠٢ .

(٢) المواق ٤/١٦ .

(٣) الخرشي ٣/١٤٧ .

فاذا أثبت عنده أنه يضارّها فانه يزجره عن ذلك ويكفه عنها ويقوم الحاكم بزجره باجتهاده كما كان يتولى الزوج زجرها حين كان الضرر منها . هذا اذا لم ترد التطليق .

وقال العدوى في حاشيته(١) : فان لم ينته أمرها بهجره ، فان لم يفد ضربه .

وجاء في نهاية المحتاج(٢) : فلو منعها حقها كقسم ونفقة الزمه القاضي توفيته . فان أساء خلقه وأذاها بنحو ضرب بلا سبب نهاه من غير تعزير لان اساءة الخلق بين الزوجين تكثر والتعزير عليها يورث وحشة فاقتصر على نهيه رجاء ان يلتئم الحال بينهما .

فان عاد لايذائها عزره الحاكم بطلبها بما يراه .

وقال في مغنى المحتاج (٣) : وانما لم يعزره في المرة الاولى وان كان القياس جوازه اذا طلبته .

وقال الغزالي : يحال بينهما حتى يعود الى العدل ولا يعتمد قوله في العدول ، وانما يعتمد قولها وشهادة القرائن .

وجاء في تحفة المحتاج(٤) : اجاب السبكي ومن تبعه بأن اساءة الخلق بين الزوجين تغلب والتعزيز عليها يورث وحشة ، فاقتصر على نهيه رجاء ان يلتئم الحال بينهم .

* * *

---

(١) حاشية العدوى على الخرشي ١٤٧/٣

(٢) نهاية المحتاج ٣٥/٦

(٣) مغنى المحتاج ٢٦١/٣

(٤) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧

المطلب الثالث ـ الشقاق بين الزوجين لخطأ كل منهما

الحالة الثالثة من ظهور الشقاق الزوجي هو الشقاق من الزوجين او من احدهما دون أن يعرف من المسيء منهما .

والشقاق بين الزوجين مجلبة لاضرار كثيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعدى هذا الضرر الى اولادهما بل الى جميع افراد الاسرة لما ينشأ من بغض ونفور وعداوة لهذا شرع الاسلام نظام التحكيم بين الزوجين لايجاد حل لهذه المشكلة الزوجية التي نشأت نتيجة للشقاق بينهما أو اضرار احدهما بالاخر .

فاذا ظهر الشقاق بين الزوجين دون ان يعرف من هو المسبب في ذلك او اذا خيف الشقاق بينهما قبل حصوله[1] فقد جاء القرآن الكريم بعلاج ذلك بقوله فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما .

وسنبحث نظام التحكيم بين الزوجين في الاسلام بايجاز ثم نتناول التفريق للشقاق والضرر .

اولا ـ نظام التحكيم

سندرس ثلاث نقط في آية التحكيم :

١) من المخاطب بقوله تعالى : فان خفتم .

٢) من هم الحكمان وما هي شروطهما .

٣) ما هي مهمة الحكمين .

١ ـ من المخاطب بهذه الآية :

---

(١) قال ابن حجر في فتح الباري : يؤخذ من الآية ... العمل بسد الذرائع لان الله تعالى امر ببعثه الحكمين عند خوف الشقاق قبل وقوعه ٣٣٢/٩ .

أ ـ قال بعض المفسرين : ان المخاطب بقوله تعالى : ـ فان خفتم ... هو الحاكم ... فاذا عرف الحاكم ان شقاقا وقع بين زوجين فيجب عليه أن يرسل حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للاصلاح بينهما لان الحاكم هو المكلف بالسهر على مصالح العباد ومن مصلحة المجتمع تقوية الاسرة بعدم ظهور الشقاق بين أفرادها .

قال الطبري ان المخاطب بذلك « السلطان الذي يرفع ذلك اليه لما روي عن سعيد بن جبير [1] ».

وجاء في تحفة المحتاج[2] : فان اشتد الشقاق الى الخلاف بعث القاضي وجوبا والمنازعة فيه مردودة بأن هذا من باب رفع الظلامات وهو من الفروض العامة والمتأكدة على القاضي حكما .

وقال الحطاب [3] : اذا اختلف الزوجان وخرجا الى ما لا يحل من المشاتمة كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما وان لم يرتفعا ويطلبا ذلك منه ، فلا يحل له أن يتركهما على ما هما عليه من المآثم وفساد الدين .

ب ـ وقال آخرون : انما المأمور هو الزوج والزوجة والخطاب موجه اليهما فاذا شعر الزوجان بسوء المعاشرة بينهما وخشيا استعمال الشقاق اختار كل منهما حكما للاصلاح ولمعرفة المخطىء منهما .

قال الجصاص ان المخاطب بذلك « ما روي عن السدّي أنه الرجل والمرأة [4] » .
وفي حاشية ابن عابدين[5] : وفي القهستاني عن شرح الطحاوي : السنة اذا وقع بين الزوجين اختلاف ان يجتمع أهلهما ليصلحوا بينهما فان لم يصطلحا جاز الطلاق والخلع .

---

(١) تفسير الطبري ٣١٨/٨
(٢) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧
(٣) مواهب الجليل ١٦/٤
(٤) احكام القرآن للجصاص ٢٣٢/٢
(٥) حاشية ابن عابدين ٥٧٣/٢

اقتراح بجعل بعث الحكمين واجباً في كل نزاع عند كل طلاق :

من الواضح مما اسلفنا ان بعث الحكمين اذا خيف الشقاق بين الزوجين أمر واجب على ولي الأمر او على الزوجين للاصلاح بينهما . وليت الأمر تعدى ذلك الى ما هو أخطر من الشقاق الى ايقاع الطلاق ، فاشترط الشارع على كل زوج أراد ان يطلق زوجته أن يمر بهذه المرحلة مرحلة التحكيم وجوباً لعل في الأمر الذي دعاه الى الطلاق غموضاً يتضح له فيعدل عن قراره وليس في هذا ، حجراً على ارادته ولا على ما يريد ايقاعه ، بل كل ما في الأمر تأخير ايقاع الطلاق لقرار الحكمين فقد يصلا الى حل يرضاه وإلا طلق زوجته كما يريد .

ويقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة(١) :

قال جمهور الفقهاء : ان التحكيم واجب وجوباً حتمياً لا يصح التفريط فيه ، ومن يوم ان فرطنا فيه بدأ الكلام في شأن الطلاق .

ما هي شروط الحكمين ؟

يشترط في الحكمين التكليف والاسلام والعدالة وفهم المقصود من مهمتهما وكيفية ادائها (٢) والا فلا يجوز بعثهما .

قال في معين الحكام(٣) : « وكل من تقبل شهادته في أمر جاز ان يكون حكما فيه ومن لا فلا . والمرأة تصلح حكما » .

وقد اختلف الفقهاء في شرط كونهما من أهل الزوجين أم لا يشترط ذلك .

---

(١) شريعة القرآن ص ٣٦

(٢) قال في الشرح الكبير ١٧١/٨ ان الحكمين لا يكونان الا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لان هذا من شروط العدالة سواء قلنا هما حاكمان او وكيلان .

وجاء في نهاية المحتاج ٤٦/٦ ويشترط في الحكمين : تكليف واسلام وحرية وعدالة واهتداء الى المقصود المبعوث من اجله .

وقال وفي الروضة البهية ١٣٣٢ ونشترط في الحكمين: البلوغ والعقل والعدالة والاهتداء الى ما هو المقصود من بعضهما .

(٣) معين الحكام ص ٢٧ .

قال فريق من الفقهاء : يشترط أن يكون الحكمان أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة لأن الله ذكر ذلك في القرآن الكريم ، ولأن الأهل أعرف ببواطن الأمور وأقدر على معالجة المواقف من غيرهما ، اما اذا تعذر وجودهما من الأهل فيجوز أن يكونا من غيرهما .

قال ابن حزم[1] : واذا شجر بين الرجل وامرأته بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها .

وذكر الدسوقي [2] : أنه لا يجوز بعث اجنبيين مع وجود الاهل .

وقال : وفي نقض حكم الاجنبيين مع وجود الاهل تردد ، الظاهر : النقض .

ولكن جمهور الفقهاء لم يشترط هذا الشرط وان كان الأولى فقالوا يجوز أن يكون الحكمان من غير الأهل وما جاء ذكر ذلك في القرآن الكريم انما كان على سبيل الاستحباب لا على سبيل الوجوب .

جاء في المغني[3] : « والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق وأعلم بالحال فان كانا من غير أهلهما جاز لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان ذلك الأمر ارشاداً واستحباباً [4] » .

وقال في تحفة المحتاج : « أنه يسن أن يكون الحكمان من أهل الزوجة والزوج[5] » .

وجاء في الروضة البهية[6] : « ويجوز أن يكون الحكمان من غير الاهل لحصول الغرض به وكونهما من الأهل في الآية للاشارة الى ما هو الاصلح . وقيل يتعين كونهما من أهلهما عملاً بظاهر الآية ولأن الأهل أعرف بالمصلحة من الأجانب » .

---

(١) المحلى ١٠/٨٧

(٢) حاشية الدسوقي ٢/٤٠٢

(٣) المغنى ٨/١٧١

(٤) وقد رجح ابن تيميه في الاختيارات العلمية ١٤٧ رواية عن احمد بوجوب ان يكون الحكمان من الاهل.

(٥) تحفة المحتاج ٧/٤٥٧

(٦) الروضة البهية ٢/١٣٢

مهمة الحكمين :

الأصل في ايفاد الحكمين أن يقوما ببذل جهدهما لإصلاح ما بين الزوجين بعد أن يعرف كل منهما سبب النزاع من صاحبه وما يتطلبه منه .

قال الفراء في قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله ... حكما من أهل الرجل وحكما من أهل المرأة ليعلما من أيهما جاء النشوز[1] .

ثم يجتمع الحكمان ويقرران فيما بينهما ما يجب اتخاذه لعود الصفاء والمودة الى الزوجين ، فان وجدا ان الزوج مذنب حملاه المسؤولية وزجراه ، وما الى ذلك من طرق ووسائل لحمله الى الرجوع عن معاملته السيئة مع زوجته ، وان كانت الاساءة من الزوجة نصحاها أيضاً وخوفاها من جراء استمرارها بهذه المعاملة من عقوبة الله ، وان الله أمر الزوجين أن يراعيا ما فرضه على كل منهما تجاه الآخر ، ثم يأتمن الحكمان الزوجين على بعضهما بعد أن يتم الإصلاح بينهما .

أما اذا لم يتم الإصلاح بين الزوجين حيث لم يوفق الحكمان الى ذلك فهل يفـــرق الحكمان بين الزوجين ام تنتهي مهمتهما عند إخفاقهما دون أية نتيجة ؟ .

هنا اختلف الفقهاء قال فريق منهم يفرق الحكمان اذا لم يتوصلا الى الاصلاح فيما بين الزوجين .

وقال فريق آخر لا يفرق الحكمان لأن مهمتهما الاصلاح فقط .

ومن هذا الموضوع نشأ الخلاف بين الفقهاء حول جواز التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين .

---

(١) معاني القرآن ١/٢٦٦ .

ثانيا ـ التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين والخلاف فيه

قلنا ان الفقهاء اختلفوا فيما اذا قرر الحكمان التفريق بين الزوجين : هل يفرق بينهما أم أن مهمتهما الاصلاح فقط ولا يجوز لهما أن يفرقا بين زوجين الا اذا أذنا لهما بذلك .

قال فريق من الفقهاء ان مهمة الحكمين الاصلاح والتوفيق بين الزوجين وليس لهما التفريق الا اذا كانا وكيلين عن الزوجين بذلك .

ومن قال بهذا الرأي من التابعين : الحسن البصري ، وعطاء وقتاده واليه ذهب ابو حنيفة والشافعي في القول الثاني وابن حنبل في رواية والظاهرية والامامية .

وقال آخرون ان مهمة الحكمين ايجاد حل للشقاق الواقع بين الزوجين فإن تم الصلح بينهما والتوفيق وإلا فرقا بينهما لأنه لا يجوز ترك زوجين نشب الشقاق بينهما وتعذر عليهما الاصلاح دون علاج ، ولا علاج بعد هذه المحاولات الا التفريق بينهما .

قال هذا سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ، والشعبي . واليه ذهب مالك والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه وابن حنبل احدى الروايتين .

ومبنى الخلاف بين الرأيين ان الرأي الاول يعتمد على أن الحكم وكيل وليس للوكيل تجاوز ما وكل به فان وكل الزوجان الحكمين بالتفريق فرقا والا فمهمتهما الاصلاح فقط .

والرأي الثاني يقول ان الحكمين حاكمان ارسلهما القاضي لحل النزاع والحاكم يفعل ما يرى به المصلحة في حل النزاع اصلاحا او تفريقاً .

ولكن الجعفرية خالفوا ذلك وقالوا ان بعث الحكمين تحكيم لا توكيل ولكن ليس لهما حق التفريق .

من قال بعدم التفريق

الاحناف

قال الجصاص[1] : « قال أصحابنا : ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان ، وإنما الحكمان وكيلان .

الشافعية :

وجاء في مغنى المحتاج[2] : « والحكمان وكيلان في الاظهر » .

الحنابلة :

جاء في المغنى[3] : « واختلفت الرواية عن أحمد في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه : انهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا باذنهما » .

ويلاحظ ان ابن قدامه لم يجزم بترجيح احدى الروايتين ولم يبين المذهب منهما مما يدل على وجود خلاف في المذهب الحنبلي في صفة الحكمين .

غير أن صاحب الانصاف جزم بأن المذهب على ان الحكمين وكيلان فقال[4] : ان الصحيح من المذهب : ان الحكمين وكيلان عن الزوجين لا يرسلان إلا برضاهما وتوكيلهما .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٣ وراجع فتح القدير ٣/٢٢٣

(٢) مغنى المحتاج ٣/٢٦١

(٣) المغني ٨/١٦٨ .

(٤) الانصاف ٨/٢٨٠ .

الظاهرية :

وفي المحلى[1] : « وليس لهما ان يفرقا بين الزوجين لا بخلع ولا بغيره » .

الجعفرية :

قال في مختلف الشيعة[2] : « الذي يقتضيه مذهبنا ان ذلك حكم ، لأنهم رووا ان لهما الاصلاح من غير استيذان ، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره إلا بعد أن يستأذناهما ، ولو كان توكيلاً لكان ذلك تابعاً للوكالة بحسب شرطها » .

وقال والمشهور[3] : انه ليس للحكمين التفريق إلا باذن الزوجين .

وروى الحلبي عن الصـــادق قال : ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمر الرجل والمرأة .

وقال في الروضة البهية[4] : وحيث كان تحكيماً فان اتفقا على الاصلاح بينهما فعلاه من غير مراجعة وان اتفقا على التفريق لم يصح إلا باذن الزوج في الطلاق ، واذن الزوجة في البذل ان كان خلعاً لأن ذلك هو مقتضى التحكيم .

وقال في المختصر النافع[5] : ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم .

* * *

---

(١) المحلى ١٠/٨٧ .

(٢) مختلف الشيعة س ٣٥ .

(٣) ما يقابل الرأي المشهور هو قول لابن حمزة : ينفذ الحاكم حكماً من اهله وحكماً من اهلها ليدير الامر فان جعل اليهما الاصلاح والطلاق انفذا ما راياه صلاحاً من غير مراجعة .

(٤) الروضة البهية ٢/٢٣٣ وتحرير الاحكام ٢/٤٢

(٥) المختصر النافع ٢١٥ .

أدلة من قال بعدم التفريق

١) ان مهمة الحكمين هي الاصلاح بين الزوجين كما نص بذلك القرآن الكريم بقوله : « ان يريد اصلاحاً يوفق الله بينهما » .

ولم يقل القرآن الكريم ان يريدا فرقة ... فايفاد الحكمين هو لوعظ الظالم من الزوجين واعلام الحاكم بذلك ليأخذ على يده[1] .

٢) ما روي عن علي بن أبي طالب انه جاءه رجل وامرأة ومعهما جمع من الناس فسألهم علي عن شأنهما فقالوا بينهما شقاق فقال : فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما .

ثم قال للحكمين أتدريان ما عليكما ؟ عليكما ان رأيتما ان تجمعا ان تجمعا وان رأيتما ان تفرقا ان تفرقا . فقالت المرأة رضيت بكتاب الله ، وقال الرجل أما الفرقة فلا . فقال علي : كذبت والله لا تنفلت مني حتى تقرَّ كما أقرت .

ووجه الاستدلال :

ان حكم الحكمين لا يكون إلا بتوكيل من الزوجين ورضا منهما ولهذا أمر على الزوج أن يقبل التحكيم ، فلو لم يكن ذلك لما طلب علي منه الموافقة على التحكيم .

فدل هذا على ان الحكمين ليس لهما سلطة التفريق إلا بتفويض من الزوجين .

٣) ان في تفريق الحكمين سواء أكان ذلك طلاقاً بدون مال أوخلعاً على مال اخراج ملك من صاحبه بدون رضاه ، وقد قال تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحله فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوا هنيئاً مريئاً » .

يقول الجصاص[2] فالقائل بأن للحكمين ان يخلعا بغير توكيل من الزوج مخالف

---

(١) تفسير الكشاف ١/٣٦٣

(٢) احكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٤ .

لنص الكتاب . قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

وفي هذا الاستدلال الأخير يقول استاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة (١) :

ولنا نظرة في هذا الاستدلال ، فإن قوامه ان أخذ المال من غير رضا المرأة دخل تحت عموم المنهي عنه من أخذ شيء من المهور وأكل أموال الناس بالباطل من غير تراض ، والحكمان ان اجيز لهما ذلك كان معارضة لذلك النص من غير دليل من أصول الإسلام عليه .

ونرد ذلك : بأن الذين يقولون ان للحكمين ذلك الحق إنما يستمدون ذلك من فهمهم للقرآن ، وان نصه يجعل للحكمين حق التفريق . ثم ان الخلع الذي يحكم به الحكمان انما يكون عندما يتبين لهما ان الاساءة من جانب الزوجة ، وانها ظالمة للرجل ، وانها تنغص عليه حياته الزوجية وتجعلها جحيماً لا رحمة تطفئها ، فكان من العدل رد ماله الذي غرمه . **ورد المال الى صاحبه لا يعد اكلا لمال الناس بالباطل ، ورفع الغبن عن مظلوم قدم ماله رجاء حياة زوجية يفكه في نعيمها ، فيصلى بنار فيها ، لا يحتاج الى رضاها ، لان رفع الظلم واجب ، طابت نفس الظالم او لم تطب .**

٤) ويستدلون أخيراً بأن سلطة الحكمين في التفريق لا أصل لها لأن ذلك إما أن يكون مستمداً من الحاكم أو من الزوجين فان كانت مهمتهما مستمدة من الحاكم فالحاكم نفسه لا يملك حق التفريق وان كانت من الزوجين فلا تصح بدون توكيل .

هذا الاستدلال قال به الأحناف بناء على نظريتهم في هذا الموضوع بأن القاضي لايملك حق التفريق وهي حجة غير مسلم بها حتى مع الذين قالوا برأي الاحناف في موضوع التحكيم فضلاً عن ان الحجج يجب أن تكون مسلماً بها من الطرفين ، والطرف الآخر يعطي القاضي سلطة التفريق بين الزوجين في حالات متعددة .

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد س ٧ ع ٦ ص ٩٨٠ .

من قال بالتفريق للشقاق والضرر

ذهب المالكية وأحمد بن حنبل في رواية وقول للشافعي على ان للحكمين أن يفرقا بين الزوجين ان عجزا عن الاصلاح بينهما .

المالكية :

قال الخرشي[1] : المشهور[2] : ان الحكمين طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة ولو كانا من جهة الزوجين فاذا حكما بطلاق ولو خلعا نفذ ولا يحتاج إلى مراجعة حاكم البلد ولا إلى رضا الزوجين .

الحنابلة :

وقال في المغنى[3] : والرواية الثانية : انهما حاكمان ومهمتهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما .

وقال في الشرح الكبير[4] : وان قلنا انهما حكمان فانهما يمضيان ما يريانه من طلاق أو خلع فينفذ ذلك عليهما ، رضياه أو أبياه .

وهذه الرواية اختارها ابن تيمية وابن القيم وعدد كبير من فقهاء الحنابلة .

جاء في الانصاف[5] : وعنه (الإمام أحمد) ان الزوج ان وكل في الطلاق بعوض أو غيره ، أو وكلت المرأة في بذل العوض برضاهما ، والا جعل الحاكم اليهما ذلك .

---

(١) الخرشي ٣/١٤٨ منح الجليل ٢/١٧٧ مواهب الجليل ٤/١٧ القرطبي ٥/١٧٤

(٢) يقابله قول في المذهب المالكي ان الحكمين وكيلان حاشية الدسوقي ٢/٤٠٣ .

(٣) المغني ٨/١٦٨ .

(٤) الشرح الكبير ٨/١٧٢ .

(٥) الانصاف ٨/٣٨١ .

فهذا يدل على انهما حكمان يفعلان ما يريان : من جمع أو تفريق بعوض ، أوغيره من غير رضا الزوجين .

قال الزركشي : وهو ظاهر الآية الكريمة . واختاره ابن جعبره . والشيخ تقي الدين رحمهما الله .

وهو ظاهر كلام الخرقي[١] .

الشافعية :

جاء في مغني المحتاج[٢] : وفي قول هما حاكمان ... وعلى هذا فلا يشترط رضا الزوجين ببعثهما ويحكمان بما يرياه من الجمع والتفريق .

وفي المهذب[٣] : وقال في القول الآخر : هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع أو التفريق بعوض وغير عوض[٤] .

* * *

(١) المحرر ٢/٤٤

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٦١ .

(٣) المهذب ٢/٧٤ .

(٤) نهاية المحتاج ٦/٣٨٥

ادلة من قال بالتفريق

١) ان الله تعالى حين قال : « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » دل على أنهما حكمان ولو كانا وكيلين لقال ابعثوا وكيلاً عن الزوجة ووكيلاً عن الزوج ، ولهذا لا يعتبر رضا الزوجين ، لأن الحكم يحكم بما يراه من المصلحة فان وفق الحكمان إلى الاصلاح كان خيراً والا فلهما التفريق بين الزوجين[١] .

وقد ذكر الله الاصلاح في القرآن الكريم ولم يذكر الفرقة لأنه الافضل وليسعى الحكمان للوصول اليه ، فليس معنى ذلك الاقتصار عليه بحيث لا يباح غيره .

٢) اخرج الطبري في تفسيره[٢] : عن ابن عباس في الحكمين انه قال : فان اجتمع امرهما على ان يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز .

٣) ما روى عن عقيل بن أبي طالب انه نشأ بينه وبين زوجته شقاق وكانت من بني أمية فبعث عثمان رضي الله عنه حكماً من أهله ، وهو ابن عباس رضي الله عنه وحكماً من أهلها وهو معاوية رضي الله عنه ، لأن الحكمين من أهلهما أعرف بالحال ، وقال لهما : ان رأيتما ان تفرقا فرقتما .

٤) ان الله أمر الزوج بقوله : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ، فاذا حصل الشقاق تعين التسريح ، لأنه وقع النفور والنشوز بين الزوجين وحاول الحكمان الاصلاح فلم يصلا إلى نتيجة لذلك وجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين .

٥) ان التفريق لدى القاضي ثبت في الشرع في عدة حالات كالعيوب مثلاً وهذا متفق عليه ، فالقاضي اذ يرسل الحكمين إنما يستمدان سلطتهما منه لأنه يملك التفريق

---

(١) المهذب ٢/٧٤ .

(٢) تفسير الطبري ٨/٣٢٤ .

فاذا ما فرقا كان ذلك نيابة عن القاضي .

قال ابن حجر في فتح الباري[1] : ـ فلما كان المخاطب بذلك الحكام وان الارسال اليهم دل على ان بلوغ الغاية من الجمع أو التفريق اليهم .

وبما ان القاضي بعثهما لتحقيق العدالة بين الزوجين فكما ان العدالة تكون بالاصلاح بينهما ، قد تقتضي العدالة التفريق بينهما ، وليس من العدالة عدم التفريق بينهما وليس من العدالة أن يقبل القاضي حكم الاصلاح ولا يقبل حكم التفريق .

فاذا ما قرر التفريق وجب على الحاكم تنفيذ ذلك .

يقول ابن القيم في زاد المعاد[2] : والعجب كل العجب من يقول هما وكيلان لا حاكمان والله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل تنصيبهما إلى غير الزوجين ولو كانا وكيلين لقال : فليبعث وكيلاً من أهله ولتبعث وكيلاً من أهلها . وأيضاً لو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل . وأيضاً فانه جعل الحكم اليهما فقال : ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما ، والوكيلان لا ارادة لهما انما يتصرفان بارادة موكليهما .

ويقول ابن القيم : الوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن ولا في لسان الشارع ولا في العرف العام ولا الخاص .

* * *

(١) فتح الباري ٩/٣٣٢ .

(٢) زاد المعاد ٤/٣٣ .

رأينا في التفريق للشقاق بين الزوجين

ان الحكمين بعد أن عرفا المشكلة القائمة بين الزوجين التي استعصى حلها عليهما ، ولم يستطع الحكمان التوفيق بينهما ، كان هذا دليلاً على استحالة الحياة الزوجية إلا في جحيم لا يطاق تأباه كرامة الانسان

وإذا كان في بعث الحكمين تحقيق مصلحة للزوجين والاسرة باصلاح ذات بينهما فكذلك يبدو من المصلحة أيضاً — ان تعذر الاصلاح ان يكون — التفريق بينهما .

لأن الغاية من الاصلاح هو عود الصفاء إلى البيت والمودة إلى القلوب وهذا لم يتحقق ، بل كان الصفاء والمودة في التفريق بينهما تحققت غاية الاصلاح عن طريق آخر : قال تعالى : « وان تفرقا يغن الله كلاً من سعته . »

والخلاصة : فان التفريق للشقاق أو للضرر كما يسميه المالكية هو في الحالة التي يشكو منها أحد الزوجين للقاضي سوء معاشرة صاحبه له فينظر في أمرهما فاما ان يصلح وا ما أن يفرق .

والتطليق للضرر بشكله الواسع انفرد به المذهب المالكي بتفصيلات وشروح واسعة يعطي الحق لأحد الزوجين في رفع أمره للقاضي اثر كل نزاع زوجي عجز عن اصلاحه بنفسه أو إثر أي ضرر اصابه من شريكه ، بشكل يعطي للحياة الزوجية التعادل والتكافؤ بين ربانيها بحيث لا تطغى سلطة الرجل على سلطة المرأة ولا سلطة المرأة على سلطة الرجل .

وسنبحث في هذا المذهب أهم المبادئ العامة في هذا النظام باعتباره المذهب الذي استمدت منه نصوص قوانين البلاد العربية مواد التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين .

التفريق للضرر في المذهب المالكي

إذا اشتكى أحد الزوجين من صاحبه ضرراً ورفع أمره إلى القاضي فان أثبت الضرر المشكو منه وطلب البقاء مع زوجه زجر القاضي الزوج الآخر وضرره بما فيه الفائدة، أما ان طلب الفراق فعلى القاضي أن يفرق بينهما .

أما إذا لم يثبت الضرر وأصر المدعي على شكواه بعث القاضي الحكمين للاصلاح بين الزوجين فان تعذر عليهما ذلك فرقا بينهما ، إما على مال إن كان الضرر من الزوجة أو بدونه إن كان من الزوج .

ولا حد للضرر بل يخضع لتقدير القاضي حيث يراعى ظروف الزوجين وبيئاتهما فليس كل فعل أو قول مما يعتبر ضرراً في بيئة يعد ضرراً في بيئة أُخرى .

ولا يشترط تكرر الضرر للحكم بالتفريق ان كان الضرر فاحشاً ، اما ان كان خفيفاً أو كان أمراً يسيراً يحدث عادة كثيراً بين الازواج فيشترط تكراره .

ويشترط بقاء الضرر حتى قيام الدعوى اما إذا رضي احدهما بعد وقوع الضرر فيسقط حقه بالمطالبة بالتفريق لأجله .

قال المواق[1] : شقاق الزوجين ان ثبت فيه ظلم احدهما حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما .

وقال المتيطى : إذا اشتكت المرأة اضرار زوجها بها ورفعت إلى الحاكم أمرها ، وتكررت الشكوى وعجزت عن اثبات الدعوى فان الحاكم يأمر زوجها باسكانها بين قوم صالحين ويكلفهم تفقد خبرهما واستعلام ضررهما ، فان كانت ساكنه معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزم نقلها إلى غيرهم » .

---

(١) شرح المواق ٤/١٦ .

وقال المواق : « ولا أذكر من قال انها تسجن وقد قالوا في الزوج أنه يسجن » .

وهل يشترط لبعث الحكمين تكرر الشكوى ؟.. في المذهب قولان :

قال المتيطي : إذا عمي على الإمام خبرهما وطال عليه تكررهما ولم يتبين له من الظالم منهما بعث حكمين .

وقال ابن عرفه : في بعث الحكمين بمجرد تشاجر الزوجين وشكوى احدهما الآخر ، ولا بينة ان تكررت شكواهما بعثهما لهما .

وجاء في مواهب الجليل[1] : قال ابن فرحون : **من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها ، وايثار امرأة عليها ، وضربها ضرباً مؤلماً .**

وقال الخرشي[2] : « إذا ثبت بالبينة عند القاضي ان الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور انه يثبت للزوجة الخيار فان شاءت اقامت على هذه الحالة وان شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة لخبر لا ضرر ولا ضرار ... ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها وضربها ضرباً مؤلماً . »

وفي شرح الدردير[3] : ـ ولها التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو يا بنت الكلب يا بنت الكافر ... كما يقع كثيراً من رعاع الناس . ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق .

وقال : ومتى أشهدت ببينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق ولو لم تشهد البينة بتكرره وهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم ؟.. قولان .

وقال : وعلى الحكمين وجوباً الاصلاح بين الزوجين بكل وجه أمكن فان تعذر الاصلاح نظرا :

١) فان أساء الزوج عليها طلقا عليه بلا مال يأخذانه منها له لظلمه .

---

(١) مواهب الجليل ٤/١٧ .

(٢) شرح الخرشي ٣/١٤٩ .

(٣) الدردير علي خليل ٢/٤٠٤ .

٢) وبالعكس ان كانت الاساءة منها فقط ائتمناه عليها وأمراه بالصبر وحسن المعاشرة أو خلعا له بنظرهما في قدر الخالع به ، ولو زاد على الصداق ان أحب الزوج الفراق ، **او علما انها لا تستقيم معه .**

٣) وان أساءا معاً أي حصلت الاساءة من كل ولو غلبت من أحدهما على الآخر ، فهل يتعين عند العجز عن الاصلاح الطلاق بلا خلع ، ان لم ترض بالمقام معه ؟ .. أو لهما أن يخالعا بالنظر على شيء يسير منها له ؟.. تأويلان .

وقال : واتيا الحاكم ان شاءا فأخبراه بما فعلا ونفذ حكمهما وجوباً .

لكن العدوي قال في حاشيته (١) : وان اساءا أي ولم تكن اساءة الزوج أشد ، والا فكأساءته . ولا اساءة المرأة أشد ، والا فكأساءتها .

وجاء في البهجة في اثبات الضرر(٢) : ان ضرر أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد أمرين : إما شهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم إياها لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم منهما ونحو ذلك . وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران من النساء والخدم وغيرهما بأن فلاناً يضر بزوجته بضرب أو شتم أو تجويع أو عدم كلام أو تحويل وجهه عنها في فراشه .

وفي كمية الضرر : قال مالك : وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف .

قيام الضرر حتى الدعوى :

وقال التسولي : ولا بد أن يضمن الشهود في الوجهين انهم لا يعلمون ان المضر منهما رجع عن الاضرار بصاحبه وأقلع عنه وإلا لم تعمل . فان ادعى الزوج انها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدقته سقط حقها كانت جاهلة أو عالمة .

* * *

---

(١) حاشية العدوى ١٤٩/٣ .

(٢) البهجة ٣٠٢/١ .

الطلاق بيد الحاكم او بيد المرأة نيابة عنه :

وقال[1] : ان الطلاق بيد الحاكم فهو الذي يتولى ايقاعه ان طلبته الزوجة وامتنع منه الزوج ، وان شاء الحاكم أمرها أن توقعه ، فعلى هذا القول لا بد أن يوقعه الحاكم أو يأمرها به فتوقعه وإذا أمرها به فهي نائبة عنه في الحقيقة كما انه هو نائب عن الزوج شرعاً حيث امتنع عنه .

وقال[2] : لا بد من تكرار الضرر حيث كان امراً خفيفاً فإن كان ضرباً فاحشاً كان لها التطليق به ولو لم يتكرر .

ومن هذه النصوص نستطيع أن نستخلص المبادئ العامة للتطليق للضرر في المذهب المالكي :

١) المساواة بين الرجل والمرأة في طلب التفريق للضرر .

٢) لا حدود للضرر الموجب للتفريق بل يخضع لتقدير وظروف كل من القاضي والزوجين .

٣) لكل من الزوجين إن تمسك بالحياة الزوجية ان يطلب من القاضي تعزير الطرف الآخر بما يراه ، وذلك لاخلاله بواجباته الزوجية أو اضراره به أو سوء معاشرته له .

٤) إذا أثبت المدعي بشكواه اضرار الآخر به وطلب التفريق وعجز القاضي عن الاصلاح بينهما وجب التفريق .

٥) إذا لم يثبت المدعي اضرار زوجه به أو عجز القاضي عن الاصلاح بينهما بعث حكمين من أهله ومن أهلها .

٦) مهمة الحكمين الاصلاح بين الزوجين فإن تعذر عليهما ذلك ، فرّقا بخلع ان كان الخطأ من الزوجة أو بدونه ان كان من الزوج . ولا يجوز أن يترك الزوجان دون توفيق أو تفريق . أما إذا لم يصل الحكمان إلى قرار معين فللقاضي أن يحكم غيرهما أو أن يفصل

(١) البهجة ٣٠٥/١ .

(٢) المصدر السابق ٣٠٦/١ .

بين الزوجين فيما يراه يوافق المصلحة .

٧) والضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبل الدخول أيضاً[١] .

٨) إذا امتنع الزوج عن الطلاق ، طلق القــاضي عنه ، أو كلف الزوج بطلاق نفسها .

* * *

وفي هذا اعطاء الحرية الكاملة المطلقة للمرأة في أن تعيش زوجة مع من تحب وتفارق من تحب ، فليس في الإسلام اكراه ولا ضرر ، فالزوجة إذا لم ترغب بالمعيشة الزوجية المشتركة فلها أن تطلب التفريق من القاضي على أن تكون هناك أسباب معقولة يقدّرهـــا القاضي لا نتيجة طيش ونزعة هوى ، فإن الاسرة يجب ألا تنهار لمجرد رغبة طائشة أو تصرف خاطئ .

* * *

(١) قلنا فيما سبق ان مذهب احمد يتسع للتفريق للضرر وفي هذا المعنى اي الضرر قبل الدخول قال احمد في رواية ابن منصور في رجل تزوج امرأة لم يدخل بها يقول غدا ادخل بها الى شهر يجبر على الدخول ... قال : اذهب الى اربعة اشهر ان دخل بها والافرق بينهما . فجعله احمد كالمولى الشرح الكبير ١٣٩/٨ .

الفــرع الثاني

التفريق للشقــاق والضرر

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية

المطلب الاول : نصوص القوانين

نصت معظم قوانين البلاد العربية على التفريق للشقاق والضرر وعلى نظام التحكيم بين الزوجين . إلا أن بعض القوانين أعطت حق طلب التفريق للزوجة فقط دون الزوج ، باعتباره يملك حق الطلاق ، وبعضها أعطت هذا الحق لكل من الزوجين ، كما ان بعض القوانين اشترطت أن يكون الضرر المشكو منه بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية وبعض القوانين لم تشترط ذلك .

وهناك أيضاً خلاف في القوانين العربية حول سلطة الحكمين هل يملكان التفريق أم الاصلاح فقط .

فالقانون اللبناني :

أعطى حق طلب التفريق لكل من الزوجين ، ولم يشترط في الضرر أن يبلغ حد عدم استطاعة العشرة الزوجية .

جاء في م ١٣٠ : إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين وراجع أحدهما الحاكم ، فالحاكم يعيّن من عائلة الطرفين حكماً ، وإذا لم يوجد شخص لتعيينه حكماً من عائلة الطرفين أو أحدهما أو وجد لكن غير حائز أوصاف الحكم يعين من يناسبهم من الخارج ومجلس العائلة المتشكل على هذه الصورة يدقق افادات ومدافعات الطرفين ويجتهــد في

اصلاح ذات البين ، وإذا لم يكن الاصلاح فإن كان القصور من جهة الزوج يفـــرق الحاكم بينهما ، وإن كان من جهـــة الزوجة يجري المخالعـــة على اتمام المهر أو على قسم منه .

م ١٣١ : الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن .

اما القانون المغربي :

فقد أعطى للزوجة فقط حق طلب التفريق على أن يكون الضرر لا يستطاع معه دوام العشرة وكذلك فإنه أعطى القاضي صلاحية التفريق متى ثبت الضرر دون الرجـــوع إلى التحكيم .

جاء في الفصل السادس والخمسون :

١) إذا ادعت الزوجة على زوجها اضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الـــذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما وثبت ما ادعته ، وعجز القاضي على الاصلاح بينهما طلقها عليه .

٢) إذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين لسداد بينهما .

والقانون التونسي :

أعطى لكل من الزوجين حق طلب التفريق دون أن يحدد للضرر شكلاً معيناً كما انه قصر مهمة الحكمين على الاصلاح .

جاء في الفصل ٢٥ : إذا شكا أحد الزوجين من الاضرار به ولا بينة له واشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه ، يعين حكمين . وعلى الحكمين أن ينظرا ، فإن قدرا على الاصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال .

اما القانون العراقي :

فانه أعطى لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق ولكنه منع القاضي من التطليق ولو ثبت الضرر قبل بعث الحكمين .

م ١/٤٠ إذا ادعى أحد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، أو ادعى قيام شقاق بينهما جاز له أن يطلب من القاضي التفريق .

٢) على القاضي قبل اصدار الحكم بالتفريق أن يعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج للنظر في اصلاح ذات البين ان وجدا فإن تعذر وجودهما طلب القاضي إلى الزوجين انتخاب حكمين غيرهما فإن لم يتفقا على ذلك انتخبهما القاضي .

٣) على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت لهما أنه المقصر ، فان اختلفا ضم اليهما القاضي حكماً ثالثاً .

٤) إذا ثبت للقاضي اضرار أحد الزوجين بالآخر واستمرار الشقاق بينهما وعجز عن اصلاحهما وامتنع الزوج عن التطليق فرق القاضي بينهما ويسقط المؤجل من المهر ان كان التقصير من جانب الزوجة . فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد ما يزيد على نصف المهر للزوج .

م ٤٢ : التفريق بسبب الضرر والشقاق يعتبر طلاقاً بائناً ببينونة صغرى .

وذهب القانونان المصري والأردني إلى اعطاء حق التفريق للزوجة إذا أضرَّ بها ، ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما . غير أن الأردني يختلف عن المصري بأنه لم يعط القاضي حق التفريق ولو ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح قبل أن يبعث الحكمين .

ونص القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :

م ٦ : إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر ، بعث القاضي حكمين على الوجه المبين بالمواد التالية :

م ٧ : يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان أمكن وإلا

فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

م ٨ : على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الاصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها .

م٩ : إذا عجز الحكمان من الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

م ١٠ : إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

م ١١ : على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه.

والقانون الاردني :

نص في المادة ٩٦ ف ١ : إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ على القاضي بعد التثبت من النزاع والشقاق وعجزه عن اصلاح بينهما بعث حكمين ...

ف حـ : إذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج قررا التفريق بلا عوض بطلقة بائنة وإن كانت الاساءة منهما أو جهل الحال فرقا بينهما على قسم من المهر بنسبة اساءة كل منهما ، وان كانت الاساءة من الزوجة فقط قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان من المناسب أخذه من الزوجة ، وعليهما أن يؤمّنا دفع العوض قبل الطلاق .

م ٧٧ : الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن .

وأما في السودان فقد جاء في المنشور الشرعي رقم ١٧ لسنة ١٩١٥ :

م ١٤ : إذا شكت المرأة تكرار الضرر من زوجها بضرب أو سب أو غير ذلك مما لا يستطاع معه دوام العشرة عادة لأمثالهما ولا يجيزه الشرع وثبت ذلك على الزوج ببينة (هي رجلان) أو اعتراف منه وطلبت الطلاق لذلك أجابها القاضي اليه وطلقها طلقة بائنة تملك بها أمر نفسها .

م ١٥ : إذا تشاق الزوجان وتعددت شكوى الزوجة من ضرر الزوج إياها بدون حق

شرعي ولم تستطع اثبات ذلك بعث القاضي حكمين واحداً من أهله وواحداً من أهلها إن أمكن والأفضل أن يكونا جارين ، فان لم يمكن ذلك بعث أجنبيين ، ويشترط أن يكون الحكمان عدلين عالمين بأحكام النشوز فان لم يكونا عالمين علّمهما القاضي ذلك .

يبدأ الحكمان بالصلح بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لدوام الالفة وحسن العشرة ، فان استطاعا ذلك ووفق الله بينهما بيّنا لهما الطريق ورفعا الأمر إلى القاضي ليقر ما اتفقا عليه ويأمر الزوجين بحسن العشرة ، وان تعذر الاصلاح فان تحقق الحكمان ان الاساءة من الزوج طلقا عليه طلقة بائنة بلا مال ، وان تحققا ان الاساءة من الزوجة وأحب الزوج الفراق ، أو علما انه لا يستقيم لهما حال ، طلقا عليه بمال من الزوجة يقررانه بنظرهما ، وان كانت الاساءة منهما أو جهل الحال طلقا عليه بلا مال طلقة بائنة وأتيا الحاكم وأخبراه بما فعلاه ووجب عليه تنفيذ حكمهما .

ونلاحظ في التشريع السوداني الملاحظات التالية :

١ ــ ان المشرع اشترط تكرار الضرر من الزوج بما لا يستطاع به دوام العشرة الزوجية عادة وهذا مخالف للمشهور في المذهب المالكي من وجهين :

ا ــ لم يشترط فقهاء المالكية تكرار الضرر ، فالمشهور من أقوالهم كما جاء في كتبهم ان الضرر ، ولو مرة واحدة ، يكفي للحكم بالتفريق ان تعذر الاصلاح . والرأي الثاني انه يشترط تكرار الضرر ، ويمكن الجمع بين الرأيين وفق ما جاء في كتاب البهجة (١) ان الضرر إن كان جسيماً يكفي وقوعه مرة واحدة ، وإن كان خفيفاً لا بدّ من تكراره .

ب ــ لم يشترط فقهاء المالكية بالضرر أن يكون بما لا يستطاع به دوام الحياة الزوجية بل على العكس قالوا : ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها(٢) ولعل وجهة نظر المشرع السوداني تضييق دائرة الطلاق .

---

(١) البهجة ٣٠٦/١ .

(٢) شرح الخرشي ١٤٩/٣ .

٢ ــ ان الضرر كما يكون مادياً قد يكون معنوياً وحسناً ما ذهب اليه المشرع السوداني إذ رب ضرر معنوي أشد ايلاماً من الضرر المادي ، وهذا ما يتفق مع المذهب المالـكي وروح التشريع .

٣ ــ إذا ثبت الضرر لدى القاضي ببينة أم باعتراف الزوج طلق القاضي دون تحكيم ، وان كنا نرى وجوب التحكيم في كل خلاف زوجي اذ لعلّ بالتحكيم هذا تزول أسباب الجفاء بين الزوجين .

٤ ــ لم يعط المشرع السوداني الحق بالحكم بالتعويض لأحد الزوجين إذا كانت الاساءة منهما معاً ، وهذا على خلاف ما نص عليه فقهاء المالكية حيث قالوا : وان اساءا اي ولم تكن اساءة الزوج أشد وإلا فكأساءته . ولا اساءة المرأة أشد وإلا فكأساءتها .. وهنا لا يمكننا أن نحمل ارادة المشرع على جهل تقدير الاساءة بدليل العطف الصريـح بقوله : « أو جهل الحال » فجهالة الحال غير الاساءة المشتركة .

٥ ــ ان قرار الحكمين بالتفريق قرار ملزم للقاضي ، ويقع به طلقة واحدة بائنة .

اما القانون السوري :

فقد أعطى حق التفريق لكل من الزوجين غير انه نص على ان الضرر يجب أن يكون أيضاً بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأعطى الحكمين سلطة التفريق أيضاً ان تعـذر الاصلاح بينهما .

م ١١٢ ف ١ : إذا ادعى أحد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق .

٢) إذا ثبت الاضرار وعجز القاضي عن الاصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التفريق طلقة بائنة .

٣) إذا لم يثبت الضرر أو كان المدعى الزوج يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة فان أصر المدعى على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين والا فمن يرى القاضي ان له قدرة على الاصلاح بينهما ...

ويرى أستاذنا الجليل الدكتور مصطفى السباعي في شرحه قانون الأحوال الشخصية السوري ص ١٧٦ ان في الفقرة الأولى خطأ ، والصواب : إذا ادعت الزوجة بدليل ما جاء في الفقرة الثالثة : إذا لم يثبت الضرر أو كان المدعي الزوج .

على اني أرى أنه يمكن تفسير النص دون تصحيح فيه إذا قلنا ان المشروع أوجب على القاضي تأجيل المحاكمة في حالتين :

ا ـ إذا كان المدعي الزوج سواء ثبت الضرر أو لم يثبت وذلك أملاً بالصلح بين الزوجين .

ب ـ إذا لم يثبت الضرر لدى القاضي سواء أكان المدعي الزوج أم الزوجة .

ملاحظات على مواد التفريق للشقاق والضرر

١) أجازت معظم القوانين العربية للزوجة فقط أن تطلب التفريق للضرر والشقاق، وبعض القوانين أعطت هذا الحق لكل من الزوجين.

وفي رأينا انه لا مبرر للتفرقة بينهما فالضرر كما يكون من الزوج يقع أيضاً من الزوجة ولا يكفي للرد على ذلك ان الزوج يملك الطلاق بل يجب أن تدفع الزوجة ثمن مشاكستها إذا ما تبين انهـا هي التي تضر الزوج وذلك عن طريق المخالعة إذا مـا قرر ذلك الحكمان.

٢) اشترطت أكثر القوانين العربية بالضرر أن يكون مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين .. وهذا الشرط لم أجده في كتب المالكية وقد يكون للمشرع عذره في ذلك إذ لا يجوز أن يكون أقل ضرر سبباً لطلب الطلاق. ولو استبدل النص بعبارة أخف قليلاً لكان في رأيي أقرب إلى المصلحة وإلى المصدر التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكي.

٣) وكذلك فقد اختلفت القوانين العربية في سلطة الحكمين هي هل هي للتفريق إذا تعذر الاصلاح أم هي للاصلاح فقط. ونحن نرى أن سلطة الحكمين هي للاصلاح أولاً فان تعذر ذلك وجب التفريق لانه لا يجوز أن تترك الحياة الزوجية مليئة بالشقاق والضرر دون حـل.

٤) اجازت بعض القوانين للقاضي التفريق بين الزوجين اذا ما ثبت الضرر المشكو منه دون بعث حكمين. ولكنا نرى أنه يجب بعث الحكمين في كل نزاع زوجي، ولا يجووز للقاضي ولو ثبت لديه الضرر ان يحكم بالتفريق قبل أن يبعث الحكمين فلعل في ذلك رجاء اصلاح بين الزوجين أو ان اموراً لم ير احد الزوجين من المصلحة اذاعتها امام القاضي، فيشرح اسبابها امام الحكمين.

٥) يلاحظ ان القانون المصري سكت عن الحالة التي تبين للحكمين فيها ان الاساءة من الزوجة فقط وهذا قد يتلائم مع ما منحه المشروع المصري للزوجة دون الزوج حق طلب التفريق للشقاق ولكن لا يتلائم مع المصدر التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكي .

اما القوانين التي اعطت الحق لكل من الزوجين بطلب التفريق فقد منحت الحكمين سلطة التفريق على مال اذا ما كانت الاساءة من الزوجة فقط .

ومن القوانين التي اعطت الحق للزوجة فقط في طلب التفريق واعطت الحكمين حق المخالعة ولو كانت الاساءة من جانب الزوجة فقط هو القانون الاردني .

ولا يسعنا امام سكوت القانون المصري عن حالة اساءة الزوجة فقط إلا ان نتساءل هل ترد الدعوى ؟ .. ام نعود الى المصدر لهذه المواد ؟ ..

يقول استاذنا الدكتور مدكور[١] : « فاذا ثبتت الاساءة من جهتها رفضت دعواها » .

ولكنانرى انه لا يجوز ان يترك الامر دون حل فان الزوجة التي تقدمت بشكواها اكثر من مرة امام القضاء لم تعد حياتها الزوجية صالحة للبقاء فسواء كانت هي المسيئة ام الزوج فيجب التفريق بينهما فليست الحياة الزوجية مدرسة يعلم فيها الزوج زوجته كيف تكون الحياة ... انما الزواج استقرار ومودة ومحبة فاذا فقد ذلك لم تعد الحياة صالحة للبقاء وجب الفراق مخالعة وفي هذا تمشيا مع المذهب المالكي مصدر هذه المواد ومن هنا يتضح لنا مدى ما تتمتع به الزوجة من حرية في أمر طلاقها .

* * *

(١) الزواج والفرقة في الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ص ٢٠٤ .

المطلب الثاني

الاجتهادات القضائية في التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين

توسع الاجتهاد القضائي المصري في التفريق للضرر بين الزوجين ووضع بذلك مبادىء قيمة اخترت منها مجموعة تعبر عن اتجاه صريح لاعطاء الزوجة حق طلب التفريق اذا ما اساء الزوج اليها اساءة فلم يقتصر على ما جاء في المادة القانونية : « بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما » بل توسع القضاء في ذلك كما سوف نرى

الضرر امر تقديري يخضع لرأي القاضي :

في حكم لمحكمة كرموز الشرعية [1] من الضرر الذي يوجب الطلاق ان يعمد الزوج الى غير مكان الحرث والنسل من زوجته او يتسبب في اصابتها بمرض الزهري او يشتمها ويسبها او يولي وجهه عنها في الفراش او يقطع كلامه عنها ويهجر فراشها مدة طويلة بدون عذر او يؤثر امرأة عليها ، او يرتكب منكراً يتعدى أثره اليها بحيث ينال من شرفها وكرامة اسرتها كأن يتناول الحشيش والمخدرات والمسكرات جهاراً مع جماعة من الفساق بينهم غلمان ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك .

ومن الضرر ان يسب زوجته :

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية [2] اذا أثبتت الزوجة أن زوجها يضارها بالقول بالاعتداء عليها بالسب واتهامها بما يشين سمعتها ويسيء اليها مما يجعل دوام

---

(١) محكمة كرموز الشرعية ١٨ ربيع الاول ١٣٥٣ في ٣٠ يونيه ١٩٣٤، المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩٠ .

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٨/٢٥ .

العشرة بينهما غير محتمل ولا يستطاع ، ومن ثم يتعين اجابتها الى طلب التطليق منه طلاقاً بائناً .

ومن الضرر ابتزاز اموال زوجته :

في حكم لمحكمة السيدة الجزئية الشرعية . [1] : من الضرر الموجب للطلاق ابتزاز الزوج اموال زوجته لأن هذا ليس من مقاصد الزواج الشرعية .

الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة :

جاء في حكم لمحكمة الواسطي الشرعية [2] : لايجاب طلب الزوجة التفريق لضرر لضرب الزوج لها واهانته لها بمباشرتها له بعد ، مما يدل على أن ما حصل لها من الضرب والاهانة مما يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما .

وفي هذا المعنى قالت محكمة القاهرة الابتدائية [3] :

اذا ثبت أن الزوج لم يسيء لزوجته اية اساءة لا يستطاع معها دوام العشرة بين امثالهما واقرت صراحة انه لم يعتد عليها بالضرب او السب وانها هي التي ترغب في الطلاق لما تشعر به من أن اهله غير راغبين فيها فإن هذا لا يبرر تطليقها للضرر ما دام الزوج لم تصدر منه أية اساءة ولأن علاقة الزوجة باهل زوجها لا يصح ان تكون لها أي تأثير على الحياة الزوجية .

استحكام الخلاف بين الزوجين سبب موجب للتفريق ولو كان من جهة الزوجة :

جاء في حكم لمحكمة الزقازيق الشرعية الجزئية [4] :

١) نشوز الزوجة لا يمنعها من طلب التطليق للضرر .

---

(١) محكمة السيدة الجزئية الشرعية ١٢ ربيع الاخر ١٣٦٨ في ١٠ فبراير ١٩٤٩ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩٠ .

(٢) محكمة الواسطي الشرعية ٢٤ شعبان سنة ١٣٥٣ في ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٤ س ٧ ع ١ ص ٢٠٢.

(٣) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٢/٢٨ .

(٤) محكمة الزقازيق الشرعية الجزئية ١٩٤٩/٥/١٥ .

٢) اذا استحكم الخلاف بين الزوجين وساءت العلاقات بينهما وتعذر الوفق وظهر أن قصد الزوج من الابقاء على الزوجية هو كيد الزوجة وإعناتها كان ذلك مسوغاً لتطليقها منه .

الضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبله :

في حكم لمحكمة المحلة الكبرى الشرعية [1] : الهجر ضراراً كما يكون بعد الدخول يكون قبله وبذا يصلح مسوغاً لطلب التفريق .

وفي هذا المعنى حكم لمحكمة الجيزة الشرعية [2] :

١) المراد بالعشرة بالمادة الواردة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ الاختلاط والمخالطة وهي كما تكون قبله .

وهذا يتفق ما جاء في المذهب المالكي من أن التفريق للضرر ، كما يكون بعد الدخول قد يكون قبل الدخول طالما مناط التفريق هو الضرر .

الشروع بقتل الزوجة يعتبر ضرراً مسوغاً للتفريق :

في حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية [3] : اذا كان المدعى عليه متهماً بالشروع في قتل زوجته المدعية وانه حكم عليه من المحكمة بالاشغال الشاقة خمس سنوات فإن الدعوى على هذا الاساس تكون مقبولة من ناحيتين من نواحي الضرر :

١) سجنه لمدة أكثر من ثلاث سنوات مع مضي أكثر من سنة على الحبس .

٢) كما ان الجريمة التي سجن من اجلها هي إضرار بالمدعية ، فليس هناك ضرر أكبر من الشروع في قتلها مما يجعلها مستحقة للطلاق عملا بالمادة ٦ من نفس القانون .

---

(١) محكمة المحلة الكبرى الشرعية ١٧ شوال ١٣٥٣ في ٢٢ يناير ١٩٣٥ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٤٤٦ .

(٢) محكمة الجيزة الجزئية الشرعية ١٥ ربيع الاول ١٣٧٢ في ٣ ديسمبر ١٩٥٢ المحاماة الشرعية س ٣٤ ع ٧ ص ٤١٩ .

(٣) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٨/٦/٢٣ صالح حنفي ٢٢١/٢ .

التطليق للضرر المعنوي:

اعتبرت محكمة اسيوط [1] : أن مجرد ارسال خطاب الى الزوجة من زوجها وفيه عبارات جارحة سبباً موجباً للتفريق قالت : اذا كشفت عبارات الخطاب عن ألفاظ جارحة ونزعات عدوانية صارخة مهينة لكرامة الزوجة وطعن في كبرياء مثلها ممن يحترف تربية النشء فانه يعتبر اضراراً معنوياً كبيراً تستحيل معه الحياة الزوجية ويجيز الحكم بالطلاق .

ومن الضرر اتهام زوجته بالزنا :

جاء في حكم لمحكمة بني سويف [2] : اذا رمى الزوج زوجته بالزنا علناوبصفة رسمية وظهرت براءتها منه بحكم قضائي كان ذلك اضراراً بها يستوجب طلاقها منه متى طلبته مهما كانت طبقتها .

وفي هذا المعنى حكم لمحكمة بنها الابتدائية [3] : اذا استقر في نفس الزوج ان زوجته زانيه وانها تسلك سبيل البغايا واصر على توجيه هذا القول اليها وعلى اعتدائه عليها بالضرب فانه يصبح من غير المستطاع دوام العشرة بينهما ويتعين الحكم للزوجة بالطلاق للضررعملا بالمادة السادسة من القانون ٢٥سنة ١٩٢٩ .

هل يعتبر فسق الزوج ضرراً يوجب التفريق :

حكمت محكمة كرموز الشرعية [4] : المناط في الضرر الذي يجوز للزوجة ان تطلب التطليق من اجله هو لحوق الاذى بها من زوجها سواء في بدنها او عرضها .

---

(١) محكمة اسيوط الابتدائية ١٩٥٨/١٢/٢ .

(٢) محكمة بني سويف الكلية الشرعية ٦ جمادى الثانية ١٣٧٣ في ١٠ فبراير ١٩٥٤ المحاماة س ٢٤ ع ٧ ص ٣٧٦ .

(٣) محكمة بنها الابتدائية ١٩٥٦/١٢/١٦ .

(٤) محكمة كرموز الشرعية ١٨ صفر ١٣٥٣ في ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٨٧ .

ففسق الزوج لا يوجب تطليق زوجته مالم يتعد اثره اليها .

على ان لنا في هذا الحكم نظرإذ طالما إن مناط التفريق هو الضرر ، فالزوجة الصالحة المسلمة قد تتضرر من فسق زوجها وفجوره كما اذا كان يتعاطى المسكرات ويعاشر الفتيات غير الشريفات ، الى آخر ما يصاب به الشباب الماجن من ضروب الفتن والاغراء كل هذا ضرر يصيب الزوجة في شعورها وكرامتها واسرتها وينعكس نحو اولادهـا اننا نرى ان فسق الزوج بما يخرجه عن المألوف اذا كان يعرض سمعة الزوجة او الاسرة الى الانهيار سبب موجب للتطليق .

وفي حكم آخر مغاير[1] للحكم السابق :

الضرر الموجب للطلاق هو الضرر الواقع من الزوج على زوجته نفسها فلا يوجب تعديه على اهلها تطليقها عليه ولا يسمى هذا ضرراً واقعاً عليها . وفسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجه ما لم يتعد اثره اليها بأن يحضر صواحبه في منزلها ولا يؤخذ الزوج بالمظنة والاتهام بل لا بد من الادلة القاطعة

التفريق لهجر الزوج زوجته :

سواء كان الهجر في الفراش ام كان هجراً خارج البيت .

الهجر في الفراش : في حكم لمحكمة جرجا الشرعية [2] : هجر الزوج فراش زوجته من الاضرار الموجبة للتطليق .

هجر البيت : في حكم لمحكمة المنيا [3] : اذا أقامت الزوجة في منزل ذويها في بلد ما واقام الزوج في بلد آخر ودام ذلك سنة فاكثر بلا عذر مقبول جاز للزوجة ان

(١) محكمة السيدة زينب الجزئية الشرعية ١٩٥١/٦/٣٠ .

(٢) محكمة جرجا الشرعية حكم ٢٢ ربيع الاول ١٣٥٢ في ١٥ يوليو ٩٣٣ المحاماة س ٥ ع ٥ ص ٥٧٨ .

(٣) محكمة المنيا الكلية ١٩٥٦/٥/٢١ حنفي ٢٠٦/٢ .

تطلب الى القاضي تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

وفي حكم لمحكمة الدر الشرعية [1] : هجر الزوج زوجته سنة فاكثر وتركه اياها في بلده بدون ان يحضر لها فيها مرة واحدة مما لا تحتمله الزوجة عادة موجب لتطليقها عليه . ولا يمنع من ذلك ادعاؤه الانفاق عليها أو أن غيابه كان للسعي وراء الرزق .

على اننا نرى في هذه الاحكام ان تحديد الهجر بسنة كاملة مدة طويلة قد لا تصبر الزوجة عليها ، ويبدو لي ان تحديد ذلك باربعة اشهر وهي مدة الايلاء التي حرم الله فيه على الزوج هجر زوجته اكثر من اربعة اشهر ، وبهذا تتحقق المصلحة ووضع حد لردع التعسف في الحقوق الزوجية المشتركة .

اذا تكررت الدعوى بعث القاضي حكمين :

جاء بحكم لمحكمة الازبكية الشرعية [2] : اذا تكرر رفع دعوى طلب التطليق للضرر بعد رفعها للعجز عن الاثبات لا تقبل الا اذا ادعت مدعيتها استمرار الضرر ان كان مما يقبل الاستمرار .

تفريق الحكمين ان كان الضرر من الزوج :

في حكم لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية [3] : يعين القاضي حكمين عند تكرر طلب التفريق للضرر ويحكم به متى قرر الحكمان ان الضرر من قبل الزوج .

تفريق الحكمين عند تعذر استمرار الحياة الزوجية :

جاء في قرار لمحكمة النقض السورية [4] : يتوجب على الحكمين ، عند تعذر

---

(١) محكمة الدر الشرعية ٢٤ محرم ١٣٦٧ في ٢٦ مارس ١٩٤٨ المحاماة . ١ س ع ٢ ص ١٨٧ .

(٢) محكمة الازبكية الشرعية ١٧ رجب ١٣٤٨ س ٢ ع ٢ ص ١٧١ .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ٥ رمضان ١٣٥٣ في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ع ٢ ص ٣٩١ س ٦

(٤) قرار النقض السورية في ١٩٥٣/٣/١٩ .

استمرار الحياة الزوجية ، ايقاع التفريق بين الزوجين ، ولا يحق للقاضي الحكم بالبينونة الصغرى اذا كان تقرير الحكمين خلواً من الحكم بالتفريق .

يجب أن يكون الحكمان من الأهل إذا لم يتعذر ذلك :

قررت محكمة النقض السورية[1] : أن كون الحكمين من الأقارب هو من النظام العام، ولا يصار الى تعيين الإباعد إلا عند التعذر.

نشوز الزوجة لا يحول دون طلب التفريق للضرر :

وقررت محكمة الزقازيق الشرعية [2]

نشوز الزوجة لا يمنعها من طلب التطليق للضرر اذا ظهر ان الزوج قد استصدر حكم الطاعة بقصد الحصول على حكم باسقاط النفقة .

اذا استحكم الخلاف بين الزوجين وساءت العلاقات بينهما وتعذرالوفاق وظهر ان قصد الزوج من الابقاء على الزوجة هو كيد الزوجة واعناتها كان ذلك مسوغاً لتطليقها منه

---

(١) محكمة الزقاريق الشرعبة الجزئبة ١٥/٥/١٩٤٩

(٢) قرار محكمة النقض السورية في ٢٨/٦/١٩٦٠ .

هل يعتبر تعدد الزوجات ضررا يبيح للزوجة طلب التفريق لاجلـــه ؟ ..

راينا ان القضاء توسع في التطليق للشقاق تمشياً مع المصلحة ، ومع تطور الزمن فقداصبح من الصعب ان يجبر انسان على مشاركة زوجة حياته كلها وهي على خصام وفي شقاق دائم .

ونلاحظ ان لجوء المحاكم الى هذا السبيل مرده مرونة القانون الذي لم يحدد الضرر لا من حيث الكيف ولا من حيث الكم بل ترك تقدير ذلك للقاضي من جهة ، وان المصدر لهذه المواد هو المذهب المالكي ، وقد لمسنا من نصوص فقهاء المالكية هذه المرونة ايضاً حتى انهم اعتبروا مجرد تحويل وجه الزوج عن زوجته سبباً مبرراً لطلب الطلاق .

و الآن نود بحث موضوع قد يكون جديداً ، وهو تعدد الزوجات لا من حيث مشروعيته بل من حيث آثاره على الزوجة الأولى والثانية ، وبمعنى اوضح هل يحق لأحدى الزوجات ان تطلب التفريق من القاضي للضرر حيث تزوج زوجها ، او وجدت زوجة اخرى تشاركها حياتها مع زوجها ؟

نقل الطبري عن ابن عباس [1] في تفسير قوله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » .

قال : فتلك المرأة تكون عند الرجل ، لا يرى منها كبير ما يحب وله امرأة غيرها احب اليه منها ، فيؤثرها عليها ، فأمره الله اذا كان ذلك ، ان يقول لها : يا هذه ان شئت ان تقيمي على ما ترين من الأثرة فأواسيك وانفق عليك ، وان كرهت خليت سبيلك ، فان هي رضيت ان تقيم بعد ان يخيرها فلا جناح عليه وهو قوله : والصلح خير ، وهو التخيير .

---

(١) تفسير الطبري ٩/٢٧٢ .

المطلب الثالث

المـواد المقترحـة

١) اذا اشتكى احد الزوجين اضرار الآخر به او حصول شقاق بينهما وطلب التفريق فللقاضي ان عجز عن الاصلاح بينهما ان يبعث حكمين للنظر في امرهما .

٢) على الحكمين الاصلاح بين الزوجين فان عجزا عن ذلك فرقا بينهما فان كانت الاساءة من الزوج فرقا بدون مال وان كانت الاساءة من الزوجة فرقا بمال يأخذانه منها الى الزوج على ان لا يتجاوز ما دفعه اليها .

الفــرع الثالث

التفريق للغيبة او للسجن

المطلب الاول : آراء المذاهب

من أنواع التفريق للضرر بين الزوجين هو غياب الزوج عن زوجته مدة لا تحتملها عادة فخشية فتنة الزوجة من جراء هذا الغياب أجازت بعض المذاهب للزوجة طلب التفريق للضرر من القاضي ، ومذاهب أُخرى لم تجز ذلك .

ذهب الأحناف والشافعية والظاهرية إلى أنه لا يجوز التفريق بناء على غيبة الزوج وان تضررت الزوجة بذلك لأنه لم يثبت بذلك أثر يجيز هذا التفريق .

وقال مالك وأحمد وبعض الزيدية ومتأخرو الجعفرية بجواز ذلك .

الاحناف :

فالاحناف تمشياً مع أصلهم انه لا طلاق إلا لمن أخذ بالساق فهم لم يجيزوا التفريق لدى القاضي إلا في العيوب وفي عيوب محددة .

الشافعية :

وذهب الشافعية كذلك إلى عدم التفريق فقد جاء في الأم[1] :

« لم أعلم مخالفاً في أن الرجل والمرأة لو غابا أو أحدهما براً أو بحراً ، علم مغيبهما أو لم يعلم ، فماتا أو أحدهما ، فلم يعلم لهما بخبر ، أو أسرهما العدو فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما ، لم نورث واحداً منهما بصاحبه إلا بتعين وفاته قبل صاحبه ، فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بأسار عدو أو بخروج الزوج ، ثم خفي مسلكه ... لا تعتد امرأته ولا تنكح حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه » .

---

(١) الام الجزء الخامس ص ٢٣٥ طبعة حسين المنياوي القاهرة .

كما أن في المذهب خلافاً حول المدة التي يغيب بها الزوج قيل ثلاث سنوات وقيل سنة وهو الأرجح .

جاء في منح الجليل[1] : وأما الغائب فالثلاث السنين ليست طولاً عند الغرباني وابن عرفه ، وظاهر المدونة أن السنة طول ، وعليه أبو الحسن البرزلي ، ويكتب له إن كانت تبلغه الكتابة إما أن يقدم أو تنقل زوجته اليه ، أو تطلق عليه ، فان استنتج من ذلك تلوم له بالاجتهاد ثم إن شاءت طلق عليه واعتدت ، فان لم تبلغه الكتابة طلق عليه بضررها بترك وطنها ، وهي مصدقة فيه وفي خوفها زناها ،وهذا ان دامت نفقتها حقيقة أو حكماً من ماله ، بأن ترك لها ما تنفق منه ، وان لم يعينه لها .

وأما زوجة السجين فتقاس على زوجة الغائب بجامع الضرر بينهما إذ زوجة كل منهما تتضرر من بعد زوجها عنها سواء كان غائباً أم مسجوناً .

وجاء في الاختيارات العلمية[2] : — القول في إمرأة الاسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود بالاجماع كما قاله أبو محمد المقدسي .

---

(١) منح الجليل ٢/٣١٣ .
(٢) الاختيارات العلمية ص ١٤٦ .

المطلب الثاني

مواد التفريق للغيبة او الحبس

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية :

لبنان :

م ١٢٦ : إذا اختفى زوج امرأة أو ذهب لمحل مدة سفر أو أقرب وتغيب أو فقد وتعذر تحصيل النفقة وطلبت زوجته التفريق فالحاكم بعد اجراء التحقيقات اللازمة يحكم بالتفريق بينهما .

م ١٢٧ : إذا ترك رجل مالاً من جنس النفقة وتغيب وراجعت زوجته الحاكم وطلبت التفريق ، فالحاكم يجري التحقيقات اللازمة بحق الرجل المذكور ، فإذا حصل يأس من أخذ خبر بمحله وحياته أو مماته يؤجل ذلك أربع سنوات اعتباراً من تاريخ اليأس وإذا لم يمكن أخذ خبر بظرف هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يفرق الحاكم. وإذا كانت غيبة الزوج في المحاربة فالحاكم يحكم بالتفريق بعد مرور سنة من عودة الطرفين المتحاربين واسراهما لمحلاتهم وعلى كلا الحالتين ، فالزوجة تعتد بعدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم .

العراق :

م ٤٣ : إذا غاب الزوج سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وكان معروف الاقامة جاز لزوجته أن تطلب إلى المحكمة التفريق للضرر وإن كان له مال تستطيع الانفاق منه .

م ٤١ : لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة خمس سنوات فأكثر أن تطلب إلى المحكمة التفريق للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

الاردن :

نص في المادة ٩٢ بما جاء في القانون اللبناني في مادتيه ١٢٦ و ١٢٧ وزاد على ذلك :

م ٩٣ : لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات

سوريا :

م ١٠٩/١/ إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٢) هذا التفريق طلاق رجعي ، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها .

ملاحظاتنا : ونلاحظ أن القانون السوري اعتبر التفريق بسبب الغيبة أو السجن طلاقاً رجعياً خلافاً لما ذهب اليه القانون المصري حيث اعتبره بائناً .

ويبدو لي ان في اعتبار الطلاق رجعياً في هذه الحالة تمشياً مع القانون في تفريقه للاعسار حيث اعتبره رجعياً مشروطاً بالقدرة على الانفاق كما سنرى بعد قليل .

وفي كلتا الحالتين وان كانت الزوجة هي التي طلبت التفريق فان الرجعة لا تجوز أن تكون ضد رغبتها لئلا يفوت مقصودها من طلب الطلاق إلا أنه من الواضح أن طلب التفريق للغيبة هنا سببه بعد الزوج عنها لا لشيء آخر فإذا عاد اليها وهي في العدة فقد حصل مقصودها ولم تفوت الرجعة ما قصدته ، بل حققته لها .

ولهذا فانني أرجح ما ذهب اليه القانون السوري لما سلف ذكره وللابقاء على الحياة الزوجية والتضييق من نطاق الطلاق ما أمكن لذلك سبيلاً .

كما أن في تحديد مدة الغيبة أو السجن سنة كاملة أخذاً من المذهب المالكي خلافاً للمذهب الحنبلي هو أقرب للمصلحة للحرص على الإبقاء على الحياة الزوجية .

وحبذا لو فرق المشرع بين السجن لسبب سياسي أو عقائدي أو وطني ، وبين غير ذلك من الأسباب كالجرائم العادية ، إذ لا يجوز أن يعامل كلاهما معاملة واحدة من حيث المدة ، وان كان المشروع قد راعى الزوجة إذ ان مناط التفريق هو الضرر الحاصل من غياب الزوج عن زوجته ، ولكن طالما أن فقهاء الحنابلة وقوانيننا فرقت بين الغياب لعذر والغياب دون عذر فمعنى ذلك انها لم تجعل مجرد الغياب السبب الوحيد لطلب التفريق ، بل للسبب الذي لأجله حكم الزوج المسجون من جهة ولاحتمال العفو المفاجئ عن المحكوم سياسياً من جهة أخرى .

المطلب الثالث

الاجتهادات القضائية في الغائب والمحبوس

الغياب بدون عذر مشروع :

في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية [1] : إذا غاب الزوج عن زوجته سنة فأكثر بدون عذر مقبول يباح لزوجته أن تطلب تطليقها منه بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

في حكم لمحكمة ادفو الشرعية[2] : إذا غاب الزوج عن زوجته إلى بلد قريب أو بعيد معلوم أو غير معلوم بلا عذر شرعي سنة فأكثر وتضررت الزوجة من ذلك جاز لها ن تطلب التطليق عليه ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه وللقاضي أن يعذر عليه إذا أمكن وإلا طلق عليه بدون اعذار .

أما السجين فلا بد من الحكم عليه ثلاث سنين حتى يحق لزوجته طلب التفريق :

في حكم لمحكمة السيدة الشرعية[3] : ان المدعى عليه مقيد الحرية ... فاذا كان قد هجرها في المضجع فان ما قدحصل من ذلك كان قهراً عنه وبلا ارادة منه ومدة السجن أقل من ثلاث سنوات فلا يؤخذ به عدالة عملاً بهذه النصوص .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/١/٢٦ .

(٢) محكمة ادفو الشرعية ٢٠ نوفبر ١٩٤٣ عدد ٥١٤ محاماة شرعية ص ١٣٥ .

(٣) محكمة السيدة الشرعية ١٦ ربيع الثاني ١٣٥٣ في ٢٨ يوليو ١٩٣٤ المحاماة س ٦ غ ٦ ص ٧٩٩ .

٢) ضرر الزوج :

إذا اعتاد الزوج الزنا أو اعتاد ضرب زوجته بدون مبرر فللزوجة أن تطلب الطلاق من القاضي والقاضي يوبخ الزوج أولاً ويحلفه على أن لا يعود فان حنث بذلك أمـــر بالطلاق .

جاء في المادة ٢١٦ : إذا اعتاد الرجل الزنا واعتاد ضرب زوجته أو اطعامهـــا غير الحلال ، جاز اجابة طلبها الطلاق .

مادة ٢١٧ : ضرب الزوج محرم شرعاً ، وإذا اعتاده الرجل وبخه الشرع وحلفه أن لا يعود فان حنث وعاد أمر بالطلاق ودفع الحقوق .

وجاء في حكم لمحكمة الاستئناف بالقاهرة[1] : انه وفقاً للمادتين ٢١٦ و ٢١٧ من كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للاسرائيليين لا يسوغ طلب الطلاق إذ أن الضرب على ما جاء بالمادتين المذكورتين لا يبرر الطلاق إلا إذا اعتاده الزوج وقارفه بعد توبيخ رجل الشرع له وبعد ان يحلفه بألا يعود ، فإن حنث وعاد يؤمر عندئذ بالطلاق ودفع الحقوق .

ولما كان لم يثبت في النزاع الراهن أن الزوج قد اعتاد ضرب زوجته فلا يقضى بالتطليق .

٣) الشقاق بين الزوجين :

أما إذا كان الشقاق ناشئاً عن أحدهما أم كان من الزوجين فللمحكمة تقدير ذلك في طلب التفريق .

جاء في المادة ٢٢١ : إذا تكدرت المعيشة لسوء أخلاق الزوجة أو لتشدده في الانفاق عليها ، جاز لزوجته طلب الطلاق .

---

(١) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٦/٤/٢٥ الاحوال الشخصية رفعت خفاجي ص ١١١ .

٤) **التطليق للغيبة :**

نصت م ١٣٩ : للزوجة منع سفر زوجها إذا كان لجهة بعيدة .

وكذلك المادتان ١٤٢ و ١٩٤ .

وحكمت استئناف القاهرة[١] : بأن الغياب الذي يعتبر سبباً للطلاق في الشريعة الاسرائيلية هو الذي يكون لعذر غير مقبول وأن تكون الغيبة في بلد في الخارج غير موافق لإقامة الزوجة وأن يقصد بتلك الغيبة وضع حد للحياة الزوجية المشتركة وأن تكون قد مضت مدة كافية تتضرر منها الزوجة بالغياب .

ثانيا : طائفة القرائين

أما القرائون فيجيزون التفريق للضرر أيضاً وإن كانوا يعدون ذلك من قبيل العيوب توسعاً منهم بالعيب غير المحتمل الذي يعتبر مسوغاً للطلاق عندهم فاعتبروا من العيوب سوء المعاملة والابتذال في الاسواق واتيان ما يمس الاخلاق والشرف .

جاء في شعار الخضر وهو يعدد العيوب المجيزة للتفريق [٢] .

سوء المعاملة لكثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة .

والابتذال في الطرق والأسواق بلا اطلاع زوجها واتيان ما يمس الشرف .

* * * *

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٦/٤/٢٥ .

(٢) شعار الخضر ص ١٢٧ .

الفـرع الثاني

التطليق للضرر في المسيحية

الاقباط الارثوذكس :

يجوز لأحد الزوجين طلب التطليق للضرر لدى الاقباط الارثوذكس وقد عبّرت المجموعات الفقهية والقانونية عن ذلك بافساد الحياة العائلية أحياناً والعمل على اضرار حياة الآخر أحياناً أُخرى كما عبّرت عن ذلك القوانين الاخيرة باعتداء أحد الزوجين على الآخر .

ذكر ابن العسال[1] : ان الزيجة تفسخ إذا دبر أحد الزوجين على فساد حياة الآخر . وان دبرت المرأة على حياة زوجها بأي وجه كانت وعلمت أن آخرين يحرضون في ذلك فلم تظهره له لأن المرأة والرجل بالزواج صارا واحداً فخيانتها له توجب فصلها منه خشية أن تقضي على حياته بما تدبره له .

وقال ابن كبر[2] : « ان مما يفسخ الزيجة أن يعمل أحد الزوجين على فساد حياة الآخر اما في مضاجرة أحدهما الآخر مضاجرة ظاهرة فاحشة ففيه خلاف » .

وذكر الايغامانوس فيلوتاوس من أسباب فسخ الزيجة[3] : « إذا تحيل أحد الزوجين على اضرار حياة الآخر بأية وسيلة كانت أو علم ان آخرين يسعون في ذلك فيكتمه ولم يظهره لقرينه ثم انكشف الأمر وثبت ذلك يفسخ الزواج ويفارق الخائن » .

وعلق شارح الخلاصة القانونية على هذا النص بقوله : « لأن بقاءهما معـاً موجب للنزاع المستمر المؤدي إلى البوار » .

---

(١) المجموع الصفوي : الباب الرابع والعشرون : الفصل السادس .

(٢) مصباح الظلمة . الباب العشرون .

(٣) الخلاصة القانونية . السبب السادس ص ٣٨ .

وجاء في المادة ٥٧ من قانون ١٩٣٨ « يجوز أيضاً طلب الطلاق إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته اخلالاً جسيماً مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية . ولم يرد مثل هذا النص في مجموعة ١٩٥٥ .

نص قانون ١٩٣٨ في المادة ٥٥ :

« إذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر واعتاد ايذاءه ايذاءاً جسيماً يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجنى عليه أن يطلب الطلاق » .

ونفس النص جاء في المادة ٥٣ من مجموعة ١٩٥٥ .

ونص أيضاً في المادة ٥٢ : « إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متوالية بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته وصدر حكم باثبات غيبته جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق » .

ومثل ذلك جاء في المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٥٥ .

وجاء في مجموعة ١٩٥٥ في المادة ٥١ : « الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الاشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق » .

من هذه النصوص ومن قانون ١٩٣٨ بصورة خاصة نرى أن أسباب التطليق للضرر لدى الاقباط الارثوذكس يمكن حصرها بالأسباب التالية :

١ ـ اساءة أحد الزوجين للآخر أو اخلاله بواجبات الزوجية ، مما يؤدي إلى استحكام النفور الزوجي وهجر أحدهما للآخر مدة ثلاث سنوات .

٢ ـ اعتداء أحدهما على الآخر أو اعتياد ايذائه جسمياً .

٣ ـ إذا غاب أحدهما عن الآخر خمس سنوات متوالية دون أن يعلم مقره وصدور حكم بذلك .

٤ ـ الحكم على أحد الزوجين بالحبس لمدة سبع سنوات .

الأرمن الارثوذكس :

وكذلك نص قانون الأرمن الارثوذكس في مادته ٥٢ على أنه يجوز الحكم بالطلاق

إذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما في المعيشة مستحيلاً .

وسنستعرض التطبيقات العملية للمحاكم في التطليق حسب هذه المواد لنعرف لأي مدى يذهب الاجتهاد القضائي في التفريق للضرر بين الزوجين في المسيحية .

القسم الاول – التطليق للاساءة والاخلال بالواجبات الزوجية .

قضت محكمة استئناف القاهرة [1] : « ان المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكسيين الذي أقره المجلس الاعلى العام بجلسته المنعقدة في ٩ مايو ١٩٣٨ وعمل به اعتباراً من ٨ يوليو ١٩٣٨ تبرر التطليق اذا اساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو اخل بواجباته نحوه اخلالا جسيماً مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الامر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية . وهذه الاسباب قائمة هنا . **إذ أن زوجة المدعي قد** هجرته لمدة تربو على تسع سنين لم ينفع في خلالها مساعي التوفيق حتى تصدعت العلاقة الزوجية وأصبح استمرار العشرة بينهما مستحيلا » .

طلب التطليق هو حق للمتضرر من الزوجين :

جاء في حكم استئناف القاهرة [2] : « جعل السبب في الفرقة مقترناً بالضرر والتجاوز عن البحث فيمن من الطرفين هو المتسبب في الفرقة في حالة رضاء الطرف الآخر بالتطليق انما يؤدي في النهاية إلى ترك التطليق الى ارادة الزوجين وهو غير جائز في شريعة الاقباط الارثوذكس التي ينتمي اليها الطرفان » .

العبرة بما جاء في قانون ١٩٣٨ وعدم النص في مجموعة ١٩٥٥ لا أثر له .

جاء في حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية [3] :

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٦/٣/٢١ وفي هذا المعنى استئناف القاهرة ١٩٥٦/٤/٢٥ وايضاً استئناف القاهرة ١٩٥٦/٥/١٦ رفعت خفاجي ص ٨٠ .

(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٨/٥/٢١ حنفي ٤٦٩٠/٢ .

(٣) استئناف الاسكندرية ١٩٥٧/١١/٢٠ .

١) يجيز قانون المجلس الملي للاقباط الارثوذكس الصادر في ١٩٣٨ الطلاق إذا اساء احد الزوجين معاشرة الآخر ...

٢) غير أن مشروع القانون المقدم للحكومة من طائفة الاقباط الارثوذكس في ١٩٥٥ خلاف هذا النص ...

٣) لم يكسب هذا المشروع صفة القانون لعدم التصديق عليه وصدور قانون به ومن ثم فلا الزام على المحاكم في التقيد بأحكامه .

٤) تحديد مدة الفرقة بثلاث سنوات على ما جرت عليه احكام المجالس الملية هو تحديد تحكمي لا سند له في كتب الدين ولم تتقيد به المجالس الملية نفسها في بعض أحكامها

٥) العلة في هذا التحديد هي أن القائلين به يرون ان استطالة الفرقة لهذه المدة يفقد معه كل أمل في عودة الحياة الزوجية . اما قبل انقضائها فيكون باب الامل ما زال مفتوحاً ، فإذا ثبت من ظروف الدعوى بما لا يدع مجالا للشك قبل اكتمال الثلاث سنوات على الفرقة ان عودة الحياة الزوجية اصبحت ضرباً من محال فلا جدوى من انتظار اكتمال المدة . بل ان في هذا الانتظار ضرراً محققاً يلحق بالزوجين وتعريضاً لهما للوقوع في الخطيئة .

وجاء في حكم لمحكمة بنها [1] : ان ما تهدف اليه الحياة الزوجية هو التعاون بين الزوجين واقامة الروابط فيهما على أساس المودة والرحمة فاذا تعذر استحالة عودة الحياة الزوجية أصبح العوض من الزواج غير متحقق ويلزم فسخه .

التطليق للخطأ المشترك :

وفي حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية [2] : « إذا استبان للمحكمة استحالة استمرار الحياة الزوجية وأنه لا أمل في عودة الوئام بين أفراد الاسرة إذا وصل الامر إلى اتهام الزوج لزوجته بوجود علاقة اثم بينها وبين الغير ولاتهام الزوجة لزوجها بالتعطل

---

(١) محكمة بنها الابتدائية ١٩٥٦/٦/٢٥ .

(٢) استئناف الاسكندرية ١٩٥٦/١٢/٢٧ .

والاعتماد في الانفاق على المنزل على عملها في حياكة الملابس فانه يتعين الحكم بالتطليق لخطأ الطرفين المشترك » .

التطليق لاتهام أحد الزوجين الاخر

في حكم للمجلس الملي للاقباط الارثوذكس [1] : تمادى كل من الزوجين في اتهام الآخر بما يشبه وما يمس شرفه وتولد الكراهية بينهما وانهيار حياتهما العائلية ، بما يبرر فسخ الزواج إذا أصبحت عودتهما للحياة الزوجية ميئوساً منها .

وفي حكم لمحكمة القاهرة [2] : ان اتهام الزوجة لزوجها بجريمة خلقية شاذة تستوجب الحكم عليه بالاشغال الشاقة ، يصلح سبباً للتطليق بشرط ثبوت سوء نيتها وعلمها بكذب هذا الاتهام لما في هذا الاتهام من الضرر الذي يعود على الزوج من قيام الزوجية بعده .

التطليق لهجر احد الزوجين الاخر :

في حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية [3] : « إذا ثبت أن الزوج هجر زوجته منذ أكثر من خمس سنوات وان محاولات قد بذلت للصلح ولكن الزوج رفض كانت الزوجة على حق في طلب الطلاق .

ويجب أن يكون طلب التطليق من المتضرر من الهجر :

في حكم لمحكمة الاستئناف في القاهرة [4] : « ان الهجر الذي يعتبر سبباً للطلاق يجب أن يكون مصدره المدعى عليه لا المدعي وثابت من ظروف هذا النزاع وملابساته التي استعرضتها المحكمة أن الزوجة لم تخطىء وان الزوج هو الذي اخطأ وان الزوجة سعت الى منزل الزوجية فصدها هو عنه .

---

(١) مجلس ملي فرعي الاسكندرية ٥٥/١٢/٣/ حنفي ص ١٨٩ .
(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٥/١٤ اهاب اسماعيل ص ٢١٨ وخفاجي ص ١١٧ .
(٣) استئناف الاسكندرية ١٩٥٨/١/٢٢ صالح حنفي ٤٦٨/٢ .
(٤) استئناف القاهرة ٥٥/١٢/١٩ رفعت خفاجي .

التفريق لتنافر الطباع لدى الأرمن الأرثوذكس

قضت محكمة القاهرة [1] : « ان الطرفين ينتميان الى طائفة الارمن الأرثوذكس وبالرجوع الى التقنين العرفي لهذه الطائفة تبين منه جواز الطلاق في حالة الامتناع عن المعاشرة الزوجية او فساد أخلاق الزوج أو سلوكه سلوكاً معيباً لا يتفق مع الاحترام الواجب للزوجة أو إذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما في المعيشة مستحيلا » .

القسم الثاني ـ التطليق للاعتداء

قضت محكمة استئناف القاهرة [2] : « ان الاعتداء الذي يبرر التطليق وفقاً للمادة ٥٥ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكسيين هو الاعتداء المادي الذي يصل إلى محاولة القتل أما إذا لم يصل الاعتداء إلى تلك المرتبة من الخطورة فان تكراره مع جسامته تغني عن تلك المرتبة بحيث يعرض صحة الزوج الواقع عليه ذلك الاعتداء للخطر»

القسم الثالث ـ التطليق للغيبة

في حكم لمحكمة المنيا الابتدائية [3] : ان الشريعة المسيحية تبيح حل الرابطة الزوجية بالوفاة ، والغائب في حكم الميت ، وهذه هي حكمة النص على التطليق للغيبة .

القسم الرابع ـ التطليق للسجن

في حكم للمجلس الملي في دمنهور [4] : « سجن الزوج لمدة ست سنوات يعطي الزوجة الحق في طلب الطلاق .

وفي حكم محكمة استئناف القاهرة [5] : ان المادة ٥٣ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس تشترط في العقوبة التي تجيز الطلاق ان تكون لمدة سبع سنوات فاكثر .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/١١/١٠ .
(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٧/٥/١٥ .
(٣) محكمة المنيا الابتدائية ١٩٥٨/٤/١٠ خفاجي ص ١١٤ .
(٤) مجلس ملي فرعي دمنهور ١٩٥٥/١/٢١ صالح حنفي ص ١٨٩ .
(٥) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٨/١٠/١٥ .

المبحث الثالث

التفريق للضرر في القوانين الاجنبية

الفرع الأول

التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين في القانون الفرنسي

أجاز القانون الفرنسي التطليق للضرر في المادتين ٢٣١ – ٢٣٢ ففي الأولى حدد مفهوم الضرر ، وذلك بأن يصدر ضد أحد الزوجين حكم بعقوبة شائنة وفي المادة الثانية اعتبر المشرع كل اعتداء او اساءة من احد الزوجين او اهانة سبباً من الاسباب التي تجعل للزوج الآخر الحق في طلب التطليق من القاضي . وفي هذه المادة توسع القضاء الفرنسي بحيث اعتبر الشقاق بين الزوجين اساءة وإخلالا بالالتزامات الزوجية تجيز التطليق .

على أن دعوى التطليق لا يجوز رفعها إلا بعد محاولة القاضي الصلح بين الزوجين ؛ فان تعذر عليه ذلك نظر في الدعوى وقدر الامر المشكو منه فإن رأى الاساءة او الاهانة جسيمة الى حد لا تستمر معها الحياة الزوجية حكم بالطلاق . ويجب على القاضي ان يذكر فشله في الصلح في الحكم بالتطليق كما نصت على ذلك الفقرة السابعة من المادة ٢٣٨ (١) .

وقد يرغب أحد الزوجين في الانفصال لا في الطلاق فيذكر ذلك في دعواه وان الاسباب نفسها التي تجيز الطلاق تجيز الانفصال .

---

(١) جميل خانكي الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٩٣ .

م ٢٣١ : اذا صدر الحكم على أحد الزوجين بعقوبة بدنية شائنة جاز للزوج الآخر ان يطلب الطلاق بناء على ذلك الحكم.

وهذه المادة حلت محل المادة ٢٣٢ من القانون السابق (بقانون ١٨٠٤) .

« الحكم على أحد الزوجين بعقوبة بدنية شائنة يكون سبباً كافياً للزوج الآخر لطلب الطلاق » .

ومناط التفريق في هذه المادة هو الضرر الذي يصيب احد الزوجين من جراء الحكم على صاحبه بعقوبة بدنية كالاعدام والاشغال الشاقة والسجن ولهذا أجاز له المشرع طلب التطليق .

والتفريق هنا إذا ما أصر عليه المدعي هو الزامي بالنسبة للقاضي فليس له حق تقدير أثر تلك الجريمة او العقوبة على كرامة الطرف الآخر واعتباره هذا اذا لم يثبت للقاضي ان المدعي قد رضي او شجع على ارتكاب الجريمة فيسقط حقه حينئذ .

ويتطلب التفريق بسبب هذه المادة خمسة امور :

١) ان يكون الحكم في جناية لا في جنحة الا اذا كانت الجنحة لحادث يخل بالشرف
٢) ألا يكون المدعي طالب الطلاق محكوماً عليه بعقوبة جناية .
٣) أن تكون الجريمة قد تمت دون علم الطرف الآخر ودون رضائه .
٤) أن يكون الحكم نهائياً أما اذا كان قابلا للطعن فلا يصلح سبباً لطلب التطليق .
٥) أن يكون وقت صدور الحكم اثناء قيام الزوجية أما لو كان قبل ذلك فلا يصلح سبباً للتفريق .

ولا فرق أن تكون الجريمة قد وقعت قبل الزواج ام بعد ذلك ما دام الحكم قد صدر اثناء قيام الزوجية [١] :

والعفو عن العقوبة او سقوطها بالتقادم لا يمنع الزوج من طلب التطليق . أما العفو الشامل بعد الحكم فيزيل اثر الجريمة وبالتالي حق الزوج في طلب التطليق [٢] .

---

(١) مذكرات الدكتور جميل الشرقاوي ص ٢٨ انحلال الزواج في التشريعات الاوربية .
(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ٢٨٥/١ جميل الشرقاوي .

وهذا يؤيد ما سبق أن قلناه ان مناط التفريق هو الضرر الذي يصيب الزوج الآخر في كرامته واعتباره فاذا زال اثر الجريمة بالعفو الشامل فلا ضرر .

وكذلك فان الاصل ان تكون العقوبة في جناية الا اذا كانت الجنحة تمس الاخلاق والشرف لأن عقوبة الجنحة وان كانت أخف من عقوبة الجناية الا أنها تسيء الى كرامة الزوج الآخر فصلحت ان تكون سبباً للتطليق وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي .

يقول استاذنا الدكتور الشرقاوي [1] : أما لو كان الحكم بعقوبة الجنحة فانه لا يعتبر سبباً ملزماً للطلاق .. ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن القضاء يجري على اعتبار مثل هذه الاحكام سبباً لطلب الطلاق باعتباره اساءة بالغة وعندئذ لا يكون سبباً ملزماً للطلاق بل يعتبر سبباً اختيارياً .

وقد جاء في حكم لمحكمة تولوز [2] : ان حكم الادانة في جنحة لا يجوز ان يعتبر اهانة جسيمة الا اذا كان قد صدر بسبب حادث يخل بشرف الزوج مباشرة او يمس حقوق الزوجية . وفي مثل هذه الحالة فان الفعل الجنائي وليس الحكم في ذاته هو الذي تقوم عليه الاهانة الجسيمة .

م ٢٣٢ : فيما عدا الاحوال المنصوص عليها في المواد : ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣١ [3] من هذا القانون لا يجوز للقضاة ان يصدروا حكماً بالطلاق بناء على طلب احد الزوجين الا اذا كان مبنياً على تجاوز احدهما حدوده قبل الآخر أو استعماله العنف او اهانته اياه بشرط أن تكون هذه الافعال مما يعتبر انتهاكاً جسيماً او متكرراً للواجبات والالتزامات الناشئة من الزواج بحيث تجعل بقاء الزوجية امراً لا يمكن تحمله .

وهذه المادة حلت محل المادة ٢٣١ من القانون السابق ونصها : يجوز لأحد الزوجين

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص ٢٧ .

(٢) حكم محكمة تولوز ٣١ ديسمبر ١٨٨٨ مرجع القضاء في تشريعات الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٤٣ .

(٣) المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ التطليق لزنا الزوج او الزوجة و ٢٣١ التطليق لادانة بعقوبة جناية .

التطليق من الآخر اذا تجاوز احدهما حدوده قبل الآخر او اذا استعمل القسوة معه او اهانه اهانة جسيمة .

جاء في هذه المادة ثلاث حالات اعتبرها المشرع الفرنسي من أسباب التطليق اذا ما توافرت شروطها :

١) اذا تجاوز أحد الزوجين حدوده أو أخل بالتزاماته .

٢) اذا استعمل احد الزوجين العنف أو القسوة مع الآخر .

٣) اذا أساء احدهما للآخر إساءة بالغة أو اهانة جسيمة .

كما اشترط القانون لتحقق الوقائع أن تكون على درجة كبيرة من الخطورة بحيث تجعل الحياة الزوجية غير محتملة ولو حدثت مرة واحدة . أما اذا كانت من الامور البسيطة التي لم تبلغ درجة من الخطورة فحدوثها مرة واحدة لا يعتبر سبباً للتطليق بل لا بد من تكرارها .

وتقدير ذلك كله الى القاضي فهو ليس الاسباب الملزمة . ولهذا فقد توسع القضاء الفرنسي في التطبيق العملي خلافاً لما يبدو من رغبة المشرع في حصر حالات الطلاق في الامور التي عددها في المواد ٢٢٩ – ٢٣٢ . لان المادة الاخيرة ٢٣٢ تنص صراحة على أن القاضي لا يجوز له الحكم بالتطليق في غير هذه الحالات إلا أن القضاء نظراً لنقص التشريع من جهة ومرونة بعض الالفاظ التي جاءت في المادة ٢٣٢ قد توسع الى درجة يمكن القول معها انه لا حصر في اسباب التطليق لدى القضاء الفرنسي بل كل ما رآه القاضي يشكل إخلالا بالالتزامات الزوجية ويجعل الحياة بين الزوجين غير محتملة فهو سبب يجيز التفريق . وذلك لأن كلمة الاساءة البالغة او الاهانة او الاخلال بالواجبات تشمل معان واسعة لا تقف عند مدلول واحد ولا عند واقعة معينة .

وبهذا الاتجاه فقد سد القضاء نقصاً في التشريع الفرنسي في حالات كان يجب النص عليها عدم انفاق الزوج على زوجته او حالة اصابة احد الزوجين بمرض معـــد ينتقل للآخر أو اصابة احدهما بعجز جنسي يحول دون الاتصال بينه وبين زوجه .

وهذه مجموعة من احكام القضاء الفرنسي تلقي ضوءاً على ما ذكرناه .

الاهانة :

ان مجرد الاهانة مرة واحدة ولو كانت غير علنية يكفي لان يكون سبباً للطلاق بشرط ان تكون الاهانة جسيمة [١] .

الاعتداء :

يقصد بتجاوز الحد واعمال العنف التي تبرر دعوى الطلاق تلك الاعتداءات الصادرة من زوج على حياة زوجه الآخر التي تعرض حياة الزوج المعتدى عليه للخطر [٢] .

الامتناع عن المعاشرة :

امتناع الزوج بمحض ارادته عدة شهور عن معاشرة زوجته امتناعاً مستمراً يعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها استصدار الحكم بالطلاق ما لم يحتج الزوج في ذلك بوجود موانع طبيعية من جانبه او ان يرجع هذا الامتناع الى مقاومة الزوجة [٣] .

الكراهية :

شعور الكراهية وعدم الثقة التي يواجه بها الزوج زوجته يمكن ان تعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها طلب التفريق [٤] .

هجر مسكن الزوجية :

ان هجر الزوج مسكن الزوجية يمكن ان يعتبر اهانة جسيمة . وكذلك الحال اذا رفضت الزوجة العودة الى منزل الزوجية بعد رفض التفريق المقدم منها [٥] .

العجز الجنسي :

كما قضى القضاء الفرنسي بان اخفاء احد الزوجين عيبه الجنسي عن زوجه يعتبر اساءة تبرر طلب الطلاق [٦] .

---

(١) حكم دائرة الالتماسات ١٩٤٥/١٢/٣ دالوز ١٩٤٦ – ٩ مرجع القضاء ص ١٤٢ .

(٢) حكم محكمة مونيليبه ١٨٩٥/٣/٥ دالوز ١٨٩٦/٢/١٠١ .

(٣) حكم دائرة الالتماسات ٢٠ نوفبر ١٩٠٠ .

(٤) حكم دائرة الالتماسات في ٦ اغسطس ١٩٠٧ .

(٥) حكم محكمة ديجون في ٢٣ نوفبر ١٨٩٢ مرجع القضاء ص ١٤٣ .

(٦) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للشرقاوي ص ٢٩١ – ويرى الفقه الفرنسي : ان القضاء اذ يجعل العجز الجنسي سبباً للطلاق يكمل نقصاً في تنظيم المشرع لشروط الزواج . بلانيول دريبير فقرة ١١٠٣ .

الفـرع الثاني

التفريق للضرر في القانون اليوناني

اجاز القانون اليوناني لكل من الزوجين ان يطلب التطليق من القاضي للضرر في حالات اربع [1] :

١) الاعتداء على الحياة :

م ١٤٤٠ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق بسبب اعتداء الزوج الآخر على حياته .

وهذا السبب يكون الزامياً فيما لو صدر حكم جنائي بسبب الشروع في القتل فحينئذ لا تقدير للقاضي بل عليه ان يحكم بالتفريق لان سبب الطلاق وهو الاعتداء قد ثبت بصورة قطعية .

اما مجرد التهديد بالقتل فلا يكفي وللقاضي هنا حق تقدير اثر ذلك على الزوج الآخر ويجب أن يكون الاعتداء بارادة تامة ووعي كامل فلو نشأ عن حالة الدفاع الشرعي او كان نتيجة مرض عقلي يفقد الوعي فلا يصلح سبباً للتطليق .

٢) الهجر المتعمد :

م ١٤٤١ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق لهجر الزوج الآخر إياه عن عمد لمدة سنتين .

ويشترط لتحقق هذا السبب شرطان :

١) الهجر عن عمد وبدون سبب .

٢) ان يستمر الهجر مدة سنتين .

---

(١) القانون اليوناني للدكتور محمد علي عرفه ص ١٥٣ .

اما لو كان هجر احد الزوجين للآخر عن سبب كمرض مثلا او كان الآخر هو المسبب في هذا الهجر فلا يصلح سبباً للتطليق . وكذلك اذا لم يمض على الهجر سنتان فلا يجوز رفع الدعوى قبل مضي سنتين كاملتين .

٣) تصدع العلاقة الزوجية :

م ١٤٤٢ : يجوز لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا طرأت اسباب جدية ، تعزى لخطأ الآخر ادت الى تصدع الحياة الزوجية بحيث اضحى استمرارها فوق طاقة طالب الطلاق . ولا يكون للمدعي حق الطلاق ، حتى لو كان الخطأ المنوه عنه معزواً الى الزوجين معاً ، اذا كان تصدع العلاقة الزوجية ناتجاً في الغالب عن خطأه .

هذه المادة تعطي للقاضي الصلاحية في تقدير الامر المشكو منه ولكن هل يصلح سبباً للطلاق ام لا ؟ .. وعلى كل حال فيجب ان يتوفر للحكم بموجب هذه المادة شرطان:

١) ان يكون تصدع الحياة الزوجية ناشئاً عن خطأ المدعى عليه . أما المخطىء فلا يجوز ان يطلب التطليق لخطأه .

٢) ان تصبح الحياة الزوجية بموجب هذا الخطأ فوق ما يطاق اما اذا كان الخطأ مما يكون عادة بين الازواج فلا يكفي سبباً للتطليق .

وقد توسع القضاء في تطبيق هذه المادة فاعتبر تصدع الحياة الزوجية في الامور الآتية : جمود العاطفة الزوجية ، وعدم التفاهم ، رفض الاتفاق والمعونة ، معاملة الاطفال بقسوة وغلظة ، التعدي الشائن على كرامة الزوج ، افشاء الاسرار العائلية ، السلوك الشائن [١] .

وقد اصدرت محكمة الاسكندرية الابتدائية [٢] :

يعتبر كل من الزوجين قد اخطأ في حق صاحبه اذا اثبت ان الزوج كان قاسياً في معاملته لزوجته ، غيوراً عليها الى حد ان يغلق عليها باب المسكن من الخارج في بدء

---

(١) القانون اليوناني للدكتور محمد علي عرفه ص ١٥٧ .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٥٣ خفاجي ٣١٥ .

حياتهما الزوجية ولا يسمح لها بالخروج حتى لزيارة والديها ، واذا عاتبته في ذلك اعتدى عليها بالضرب والايذاء ، أما الزوجة فقد كانت بطبيعتها تميل الى الخروج كثيراً وارتياد المحال العامة دون ان يكون الزوج في صحبتها ...

وإزاء ذلك تكون العلاقة الزوجية قد اعتراها تصدع جسيم بخطأ الزوجين الى حد استحالة عودة الحياة الزوجية المشتركة وبذلك يصبح كل منهما مسؤولاً عن ايقاع الطلاق

الغيبة :

م ١٤٤٥ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا اعتبر الآخر في حالة غيبة منقطعة ويشترط لتحقق هذا السبب صدور حكم قضائي بغيبة الزوج فاذا ما ثبت الغيبة كان على القاضي الحكم بالتطليق الزاماً .

الفـرع الثاني

التفريق للضرر في القانون الانكليزي

اجاز المشرع الانكليزي لكل من الزوجين ان يطلب التطليق من القاضي لضرر الآخر به في حالات نص عليها في قانون ١٩٥٠ في مادته الاولى [١] .

١) الهجر :

اذا هجر احد الزوجين زوجه ، بارادته ، وبلا مبرر معقول او موافقة زوجه واستمر ذلك لمدة ٣ سنوات جاز للزوج الاخر ان يطلب التطليق من القاضي .

ويلاحظ انه يشترط للتطليق بسبب الهجر الشروط التالية :

١) ان حق طلب التطليق هو خاص بالمتضرر اي المهجور فلا يحق لمن هجر زوجه ان يطلب ذلك .

٢) ان يكون الهجر بدون سبب اما اذا كان الهجر لسبب كمرض او سفر فلا يعتبر مسوغاً لطلب التطليق .

٣) ان لا يكون الهجر بموافقة الطرف الآخر وعلمه والا اعتبر علمه وموافقته رضا بهجره فلا يصلح حينئذ سبباً لطلب التفريق .

٤) ان يستمر الهجر ثلاث سنوات حتى رفع دعوى التطليق .

٢ ــ القسوة :

إذا عامل احد الزوجين الاخر بقسوة او اساء معاملته اساءة لا تحتمل معها الحياة الزوجية جاز للاخر طلب التطليق .

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي للدكتوراه ص ٤٧ .

وهذا من النصوص التي يتوسع القضاء في تطبيقها في كل ما من شأنه ان يجعل الحياة الزوجية غير محتملة الاستمرار او من شأنه ان يجعل الرابط بين الزوجين مهددة بالزوال .

٣ ــ ارتكاب بعض الجرائم :

اذا ارتكب الرجل جريمة الغصب او الوطء اثناء قيام الزواج ، جاز للزوجة طلب التطليق .

وهذا السبب كما يبدو خاص بالرجل دون المرأة بعكس الاسباب السابقة حيث هي حق مشترك للزوجين .

وهذه الاسباب الثلاثة في القانون الانكليزي ليست اسباباً ملزمة للتطليق بل هي من الاسباب الاختيارية التي تخضع لتقدير القاضي .

الفــرع الرابع

التفريق للضرر في القانون الالماني

يجوز لكل من الزوجين ان يطلب التطليق للضرر اذا اصبح استمرار الحياة الزوجية ذلك في المادتين ٤٣ و ٤٨ وقيد هذا الحق بالمادة ٥٠ ، حيث اشترط في قبول دعوى الطلاق ان يسبق ذلك محاولة الصلح بين الزوجين حرصاً من المشرع على دوام العلاقة الزوجية فان تعذر الصلح جاز طلب التطليق حينئذ .

جاء في المادة ٤٣ :

الاخلال بالتزامات الزواج :

اذا تسبب احد الزوجين بسيره الشائن او سلوكه المخل بالاداب في انفصام رباط الزوجية انفصاماً بالغاً بحيث لا يتصور استمرار المعيشة الزوجية [١] .

ويلاحظ في هذا النص ان حق طلب التطليق هو خاص بالمتضرر من الزوجين فقط .

وقد توسع القضاء الالماني في تفسير هذه المادة حتى جعل من الامتناع عن الواجب الزوجي او اهمال تعليم الاولاد ، او القسوة على الاولاد من زواج سابق ، او رفض الانفاق ، او اعتياد السكر ، او مزاولة مهنة تخل بالشرف صوراً من الاخلال الخطير بالتزامات الزواج [٢] .

وجاء في المادة ٤٨ :

---

(١) الاحوال الشخصية للاجانب ص ٥٨ .

(٢) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص ٦٦ .

الهجر :

اذا افترق الزوجان مدة ثلاث سنوات واصبحت الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار جاز لكل من الزوجين طلب التطليق ولو كان المدعي هو المسبب في هذا الفراق .

وقيد المشرع الالماني تطبيق هذه المادة فيما اذا لم يتضرر الاولاد القصر من التفريق والا فلا يجوز للقاضي ان يحكم بالتطليق مراعاة لمصلحة الاولاد .

ويبدو لي ان اعطاء القانون حق طلب التطليق للزوج الذي افترق عن زوجه اي الذي تسبب بالهجر ففارق منزل الزوجية ينافي العدالة ، لان الزوج الذي يهجر زوجته مدة ثلاث سنوات يجب ان يعاقبه القاضي لا ان يستجيب لرغباته ، هذا فضلا عن افساح المجال لكل من اراد ان يطلق زوجته ولا يسمح له القانون بذلك فما عليه إلا ان يهجرها ثم يتقدم بطلب الطلاق فكأن الطلاق اصبح بالارادة المنفردة التي لا يقرها القانون الالماني وان كان الامر في ذلك كله منوط لتقدير القاضي .

الفـرع الخامس

التفريق الجثماني بين الزوجين للضرر في القانون الايطالي

لا يقر القانون الايطالي انحلال الزواج إذ أنه يعتبر الزواج رابطة ابدية لا تزول الا بالموت الا انه قد نص على حالات يجوز فيها لاحد الزوجين ان يطلب التفريق الجثماني. اذا ما توفرت شروطها لضرر الاخر به على ان يصدر بذلك حكم قضائي .

هذه الحالات هي :

١) هجر احد الزوجين منزل الزوجية عمداً — م ١٥١

٢) سوء معاملة احد الزوجين للآخر والاضرار به — م ١٥١

٣) تهديد احد الزوجين الآخر — م ١٥١

٤) اهانة احد الزوجين الآخر اهانة بالغة — م ١٥١

٥) صدور حكم جنائي ضد احد الزوجين بسجنه مدة تزيد على خمس سنوات . — م ١٥٢

٦) تعدي احد الزوجين على الآخر — م ١٥٢

٧) عدم اتخاذ الزوج لزوجته محل اقامة ثابتة بدون مسوغ او رفضه وضعها في منزل يليق بمثلها على الرغم من قدرته على ذلك . — م ١٥٣

الفصل الثالث

التفريق للاعسار بين الزوجين

المبحث الاول

التفريق للاعسار في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

إن رابطة الزوجية رابطة مقدسة وهي حياة أبدية تقوم على التعاون والمحبة والمودة بين الزوجين فاذا اعترى هذه الحياة ظرف من الظروف التي لا يملكها الإنسان كما إذا أعسر الزوج بالنفقة فما هو موقف الزوجة ؟... هل تقف بجانب زوجها تشاطره آلام الفقر كما شاطرته لذة الغنى أم تتخلى عنه وتذهب إلى القضاء طالبة فسخ النكاح ؟..

إن المرأة الكريمة هي التي تبقى بجانب زوجها في السراء والضراء فالفقر ليس عاراً في شريعة الإسلام ، والمال غاد ورائح فالذي أعسر اليوم بعد يسار قد يغنى غداً بعد اعسار ، إنما العار كل العار أن يتخلى المرء عن أخيه في وقت هو أحوج ما يكون فيه إلى الصديق فضلاً عن الزوج .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن نفقة الزوجة على زوجها سواء أكانت موسرة أم فقيرة[1] إنما الخلاف إذا اعسر الزوج بالنفقة ولم ترض الزوجة البقاء معه فهل لها أن تطلب مــن القاضي الطلاق ؟..

---

(١) لاخلاف بين الفقهاء على ان نفقة الزوجة على زوجها سواء أكانت فقيرة او موسرة ، فهي تستحقها جزاء احتباسه اياها عن الزواج وقال الله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقال صلى الله عليه وسلم : « اتقوا الله في النساء فانكم اخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . وقال عليه السلام لهند بنت عتبة لما شكت اليه شح زوجها ابي سفيان : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » رواه البخاري ٣٣٩/٤ والنسائي ٢٤٦/٨ والدارمي ص ٢٩٢ .

وفي تقدير النفقة ثلاثة اقوال :

١ – تقدير باعتبار حالها يسراً وعسراً .

٢ – تقدر باعتبار حال الزوج مع صرف النظر عن حالة الزوجة .

٣ – تقدر باعتبار حالهن جميعاً من يسر وعسر . وعليه الفتوى في المذهب الحنفي .

راجع في هذا البحث رسالة قيمة للشيخ احمد ابراهيم في النفقات وتفسير القرطبي ١٧٠/١٨ الروض النضير ٧٥/٤ ، نهاية المحتاج ٢٦١/٦ مغني المحتاج ٤٢٦/٣ ، مجمع الانهر ٤٩٨/١ . كشاف القناع ٣٨٦/٥ ، المغني ٧٧/٨ ، مواهب الجليل ١٨٨/٤ شرح الخرشي ٢٣١/٣

الفرع الاول

رأي المذاهب في التفريق للاعسار

في هذا الموضوع أربعة مذاهب :

المذهب الاول

عدم التفريق بين الزوجين للاعسار .

المذهب الثاني : مذهب الظاهرية

عدم التفريق للاعسار ، وتلزم الزوجة بالانفاق من مالها على زوجها ان كانت غنية ما دام معسراً .

المذهب الثالث : مذهب ابن القيم

التفريق للاعسار في حالتين :

١ ــ في حالة القدرة على الانفاق وامتناع الزوج عن ذلك .

٢ ــ في حالة تغرير الزوج بالزوجة انه غني والحال انه فقير .

المذهب الرابع : مذهب الجمهور

التفريق للاعسار في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الانفاق .

المذهب الاول : عدم التفريق للاعسار

قال به الاحناف وجمهور الزيدية وجمهور الجعفرية .

الاحناف :

قال الاحناف : لا يفرق بين الزوجين إذا اعسر الزوج بالنفقة ، بل تنفق الزوجة من مالها أو تستدين ثم ترجع على زوجها بما أنفقت حين يساره .

جاء في مجمع الانهر[1] :

« ولا يفرق القاضي بين الزوجين لعجز الزوج عن النفقة ، ولا بعدم ايفاء الزوج إذا كان غائباً ولو كان موسراً لأن العجز عن الانفاق لا يوجب الفراق » .

وقالوا : إذا كان امتناع الزوج عن النفقة وهو قادر عليها ، فالقاضي يجبره على الانفاق ، ولو أدى الأمر إلى حبسه . أما إذا امتنع عن اعسار فلا يحبس ، ولا يفرق بينه وبين زوجته ، بل يأمرها القاضي أن تستدين وهو دين في ذمة الزوج .

جاء في المبسوط[2] : « لأن الحبس إنما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجراً له عن الظلم ، وقد ظهر هنا عذره لا ظلمه ، فلا يحبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة. فترجع عليه بذلك إذا أيسر » .

ولكن المتأخرين من الأحناف رأوا الحرج فيما لو لم تجد الزوجة ما تنفقه كما لو كانت فقيرة مثلاً ولم تجد من يقرضها لتنفق فماذا تفعل . لهذا فقد استحسن بعضهم أن ينصب للقضاء في هـــذه المسألة قاض من مذهبه التفريق بين الزوجين للاعسار فيفرق بينهما .

---

(١) مجمع الانهر ٤٩٨/١ .

(٢) المبسوط ١٨٧/٥ .

قال ابن عابدين نقلاً عن غرر الاذكار[1] : «... ان مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائباً ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضراً وأبى عن الطلاق ، لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة إذ الظاهر انها لا تجد من يقرضها وغنى الزوج مآلا أمر متوهم فالتفريق ضروري إذا طلبت »[2] .

الزيدية :

وقال الزيدية بعدم التفريق للاعسار وإن كان في بعض كتبهم ما يشير إلى جواز هذا التفريق .

جاء في التاج المذهب[3] : ولا يجوز فسخ النكاح بينهما عندنا لعدم الانفاق .

وجاء في المنتزع المختار حالات ثلاث للممتنع عن الانفاق[4] :

١) أن يكون ذلك لامتناعه عن النفقة مضارة مع قدرته عليها . فهذا لا فسخ بينهم . والعلة في ذلك : انه يمكن اجباره على الانفاق .

قال في الانتصار : فان لم يمكن اجباره فسخ على قول من أثبت الفسخ .

٢) أن يكون غائباً ولا مال له . فهذا لا يفسخ لأنه لا فسخ إلا بالاعسار وهذا لم يثبت اعساره بغيبته وجهل حاله .

وقال في الانتصار يفسخ .

٣) ان لا ينفق لاعساره: فالمذهب: انه يأمره القاضي بالتكسب فان توانى بينه وبين

---

(١) هو محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي . فقيه الديار الشامية وامام الحنفية في عصره . ولد في دمشق وتوفي فيها عام ١٢٥٢ هـ . له عدة مؤلفات منها رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين ، والعقود الدريه في تنقيح الفتاوى الحامدية ، ومجموعة رسائل في مختلف ابواب الفقه ولـه كتاب صغير في علم اصول الفقه : نسمات الاسحار على شرح المنار .

راجع الاعلام للزركلي ج ٦ ص ٢٦٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٢/٦٧٤ .

(٣) التاج المذهب ٢/٢٨٦ .

(٤) المنتزع المختار ٢/٥٤٢ — ٥٤٤ .

مداناتها ان تعذر اجباره . فان عجز من غير توان : قيل لا يفرق بينهما .

وقال في الانتصار : إذا أعسر بالنفقة ولم يقدر على الكسب فللمرأة ثلاث خيارات .

١) أن تمكنه من الاستمتاع والوطء ، والنفقة في ذمته .

٢) أن تمنع نفسها ولا تستحق النفقة .

٣) أو الفسخ وهو المختار . وقواه الإمام شرف الدين والإمام عز الدين .

وهو اختيار السيد محمد بن ابراهيم الوزير والإمام القاسم بن محمد والمفتي والشامي ومثله في الغاية عنهما . قال وقد بلغ الإمام شرف الدين في نصرته مبلغاً عظيماً والإمام عز الدين بن الحسن فانه قرره والزم به حكامه .

ومن الذين أجازوا التفريق للاعسار من الزيدية أيضاً صاحب الروضة الندية (١) .

يقول : إذا كانت المرأة جائعة أو عارية في الحالة الراهنة فهي في ضرار والله يقول ولا تضاروهن ، وهي أيضاً غير ممسكة بالمعروف والله يقول : فامساك بمعروف أوتسريح باحسان بل هي ممسكة ضراراً والله يقول : ولا تمسكوهن ضراراً والنبي عليه السلام يقول لا ضرر ولا ضرار .

ويقول : ثم من أعظم ما يدل على جواز الفسخ بعدم النفقة ان الله قد شرع الحكمين بين الزوجين عند الشقاق وجعل اليهما الحكم بينهما . ومن أعظم الشقاق أن يكون الخصام بينهما في النفقة ، وإذا لم يمكنهما رفع الضرر عنهما إلا بالتفريق كان ذلك اليهما . وإذا جاز ذلك منهما فجوازه من القاضي أولى .

الجعفرية :

لم أجد لدى فقهاء الجعفرية من أجاز التفريق للاعسار بين الزوجين تمسكاً بأصل العقد ، ولكني وجدت فتوى لأئمتهم المعاصرين بالتفريق ان أصر الزوج على عدم الانفاق.

ومن هؤلاء الشيخ جواد مغنيه حيث أفتى بالتفريق للاعسار في كتابه الزواج والطلاق

---

(١) الروضة الندية ٣/٥٤ – ٥٥ .

في المذاهب الخمسة ونقل فتوى عن السيد أبي الحسن في الوسيلة :

« لو كان الزوج ممتنعاً عن الانفاق مع اليسار ورفعت أمرها إلى الحاكم ألزمه بالانفاق أو الطلاق ، فإذا امتنع ، ولم يمكن الانفاق عليها من ماله ولا اجباره على الطلاق فالظاهر ان للحاكم أن يطلقها إن أرادت الطلاق .

وبهذا أفتى السيد محسن الحكيم في رسالة (منهاج الصالحين) باب النفقات[1] .

على أننا إذا رجعنا إلى فقهاء الجعفرية المتقدمين لا نجد منهم أحداً أجاز هذا التفريق للاعسار ، فقد جاء في كتاب الخلاف للإمام الطوسي[2] :

« إذا أعسر فلم يقدر على النفقة على زوجته لم تملك زوجته الفسخ ، وعليها أن تصبر إلى أن يوسر » .

وقال الطوسي : ودليلنا قوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » ولم يفصل . وقال تعالى : « وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله » ، فندب الفقراء إلى النكاح ، فلو كان الفقر سبباً تملك به فسخ النكاح ما ندب إلى النكاح من يملك الفسخ عقيب النكاح . واخبار أصحابنا واردة بذلك » .

(١) الزواج والطلاق ص ١٩٢ .

(٢) الخلاف في الفقه ٣٢٩/٢ طبعة ايران ١٣٨١ لشيخ الطائفة الامام ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي .

ادلة القائلين بعدم التفريق للاعسار

استدل أصحاب هذا المذهب على عدم التفريق للاعسار ، بما جاء في القرآن الكريم ، وما ورد بالسنة الكريمة ، وما روى عن بعض الصحابة والتابعين وبالقياس .

القرآن الكريم :

قوله تعالى : «لينفق كل ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

وقوله تعالى : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

ووجهة الاستدلال في هاتين الآيتين أن الله لم يكلف المرء فوق طاقته فلم يكلفه النفقة في حال اعساره ، وطالما ترك ما وجب عليه فلا إثم عليه ، وبالتالي فلا يكون سبباً للتفريق . إذ كيف يفرق بين شخص وزوجه وهو لم يرتكب إثماً ولا معصية .

وقال تعالى : « وانكحوا الايامى منكم » فهذا ندب إلى انكاح الفقير فكيف يجوز أن يكون الفقر سبباً للفرقة وهو مندوب معه إلى النكاح (١) .

السنة الكريمة :

وروى مسلم في صحيحه من حديث أبي الزبير عن جابر :

دخل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالساً حوله نساؤه واجماً ساكتاً فقال أبو بكر يا رسول الله لو رأيت بنت خارجه سألتني النفقة فقمت اليها فوجأت عنقها ، فضحك رسول الله وقال : هن حولي كما ترى يسألنني النفقة ، فقام أبو بكر رضي الله عنه إلى عائشة رضي الله عنها يجأ عنقها ، وقام عمر رضي الله عنه إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول : تسألن رسول الله ما ليس عنده فقلن والله

---

(١) تفسير القرطبي ١٥٥/٣ .

لا نسأل رسول الله شيئاً أبداً ما ليس عنده ، ثم اعتزلهن رسول الله شهراً [1] .

ووجه الاستدلال : ١) ان أبا بكر وعمر ضربا ابنتيهما إذ سألا رسول الله النفقة ، وهو لا يجدها فلو كان الطلب حقاً ومشروعاً لما استنكر الصحابيان الجليلان ما فعلت ابنتاهما ولما أقرهما عليه السلام على ضربهما لأن من يطالب بحقه لا يجوز ضربه .

٢) ثم ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتزلهن شهراً فدل على ان الاعتزال عقوبة لهن على ما طالبن به ما ليس عند رسول الله ولو كان هذا من حقهن لما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وعلى هذا فاذا كان طلب النفقة في حال الاعسار غير مشروع فكيف تمكن المرأة من طلب الطلاق من القاضي لأمر لا حق لها فيه فدل على انــه لا يجوز التفريق لاعسار الزوج بالنفقة .

ما روي عن الصحابة والتابعين :

لم ينقل الينا ان أحداً من الصحابة طلق زوجته أو طلبت زوجته الطلاق لاعساره وفيهم الكثير من المعسرين .

وقد روى ابن جريج قال : سألت عطاء عمن لا يجد ما يصلح امرأته من النفقة قال ليس لها إلا ما وجدت وليس لها أن يطلقها .

روى عن الحسن البصري انه قال في الرجل يعجز عن امرأته قال : تواسيه وتتقي الله وتصبر وينفق عليها ما استطاع [2] .

القياس على الدين :

إن الله أمر صاحب الدين أن ينظر المعسر إلى الميسرة : قال تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » [3] . وغاية النفقة أن تكون ديناً للزوجة على زوجها فما عليها إلا أن تصبر حتى الميسرة .

ووجه الاستدلال ان الدائن وجب عليه امهال مدينه إذا كان معسراً ، أفلا يجب على الزوجة امهال زوجها بالنفقة حتى يساره .

---

(١) زاد المعاد ٤/١٥٠ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

المذهب الثاني : مذهب الظاهرية

قال الظاهرية : إن نفقة الزوجة على زوجها ، فان امتنع الزوج عن الانفاق ووجدت زوجته مالاً لزوجها أخذته ولو دون علمه لتنفق على نفسها .

أما إذا كان الزوج معسراً فلا تفريق بين الزوجين إذ لا تملك زوجته طلب الطلاق .

فإذا كانت غنية وهو معسر فنفقته عليها ، أي ان الزوجة الموسرة تنفق على نفسها وعلى زوجها وليس لها حق الرجوع بما أنفقت ما دام معسراً ، إنما لها الرجوع بما أنفقت عليه في وقت يساره إذ النفقة تسقط عنه حين اعساره إلا إذا كان للزوج ولداً ووالد غير فقيرين فنفقته على احدها .

جاء في المحلى[1] :

« فان عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية ، كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان ايسر إلا إذا كان للحر ولداً ووالد فنفقته على ولده أو والده الا أن يكونا فقيرين .

وبرهان ذلك قوله تعالى[2] :

وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك[3] .

قال علي : « الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن .. »

---

(١) المحلى ٩٢/١٠ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

(٣) وقد ناقش ابن القيم في زاد المعاد ٢٢٢/٤ ما ذهب اليه ابن حزم فقال :
« يا عجباً لأبي محمد لو تأمل سياق الآية لتبين له منها خلاف ما فهمه ، فان الله سبحانه وتعالى قال : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وهذا ضمير الزوجات بلا شك مثل ذلك ، فجعل سبحانه على وارث المولود له او وارث الولد من رزق الوالدات وكسوتهن بالمعروف مثل ما على المورث فأين في هذه الآية نفقة على غير الزوجات حتى يحمل عمومها لما ذهب اليه » .

المذهب الثالث : مذهب ابن القيم

وذهب ابن القيم (١) خلافاً لمذهب الحنابلة انه لا تفريق للاعسار بين الزوجين إلا في حالتين :

اولاهما إذا كان الزوج قادراً على الانفاق على زوجته ولم ينفق ، ولم تقدر الزوجة أن تأخذ منه نفقتها ، كان لها أن تطلب الفسخ .

والحالة الثانية : انه لو غرَّ الزوج زوجته حين العقد وقال لها انه ثري ثم تبين لها انه فقير معدم فلها في هذه الحالة أن تطلب الفسخ أيضاً .

أما لو كان موسراً ثم أعسر فليس للزوجة أن تطلب الفسخ ، لأنه لا يملك المال للانفاق وامتنع إنما هي مصيبة حلت به فعلى الزوجة أن تصبر مع زوجها والمال غاد ورائح.وكذلك لا تملك الفسخ إذا تزوجته وهي عالمة بعسرته .

وقال ابن القيم في زاد المعاد(٢) :

والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة : ان الرجل إذا غرَّ المرأة بأنه ذو مال فتزوجته فظهر معدماً لا شيء له ، أو كان ذا مال وترك الانفاق على امرأته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم ان لها الفسخ .

وان تزوجته عالمة بعسرته أوكان موسراً ثم أصابته جائحة أجاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك . ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم ازواجهم إلى الحاكم ليفرقوا بينهم وبينهن.

---

(١) هو محمد بن أبي بكر الدمشقي ، الاصولي المفسر ، شمس الدين ابو عبد الله بن القيم الجوزية . ولد سنة ٦٩١ وتفقه في المذهب الحنبلي ولازم شيخه ابن تيمية . اشتغل بالفقه والحديث . وقد امتحن واوذي اكثر من مرة بسبب جرأته في الحق .
له مؤلفات عديدة اهمها : اعلام الموقعين ، اغاثة اللهفان ، بدائع الفوائد تهذيب مختصر سنن ابي داود . زاد المعاد . الطرق الحكمية في السياسة الشرعية .

(٢) زاد المعاد ١٥١/٤ .

المذهب الرابع

وذهب المالكية والحنابلة والشافعية إلى أن للزوجة إذا أعسر زوجها بالنفقة ولم تصبر فلها أن ترفع أمرها للقاضي ، فيأمر زوجها بالانفاق أو التطليق فان أبى طلق عليه أو فسخ نكاحهما على خلاف في هذه المذاهب .

وهذه المذاهب وان اتفقت من حيث المبدأ إلا أنها اختلفت في بعض التفصيلات سوف نذكرها بعد أن نبين الأدلة التي استند اليها أصحاب هذا المذهب :

اولا : ادلة المجيزين للتفريق بين الزوجين للاعسار

استدل هؤلاء أيضاً على مذهبهم بالكتاب والسنّة وما اثر عن الصحابة والتابعين وبالقياس .

أما الكتاب الكريم :

فقوله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » .

ووجه الاستدلال بالآية الأولى : إن الله أمر الأزواج بإمساك زوجاتهم بالمعروف فان تعذر ذلك فما عليهم إلا الطلاق باحسان . فإذا كان الزوج قادراً على الانفاق فما عليه إلا أن ينفق على زوجته بالمعروف أما إذا عسر وتعذر عليه الانفاق فالواجب عليه التسريح بإحسان ـ أي طلاق زوجته ـ قال القرطبي[1] : « إن من الامساك بالمعروف ان الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها ، فان لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها ، والجوع لا صبر عليه » .

---

(١) تفسير القرطبي ١٥٥/٣ .

ووجه الاستدلال بالآية الثانية : ان الله نهى الازواج عن امساك زوجاتهم للاضرار بهن لأن في هذا الامساك ضرراً ، حيث يعتدي الزوج على زوجته حين يمسكها فلا هو يحسن اليها بالانفاق ، ولا هو يتركها لعلها تجد سواه . فالمعسر اذن حينما يمسك زوجته دون أن ينفق عليها ودون أن يطلق هو ضار بزوجته معتد عليها ، والقرآن منعه من ذلك فان فعل فللقاضي رفع الظلم إذا ما اشتكت اليه الزوجة وذلك بأن يأمره بطلاقها فان لم يفعل طلقها القاضي .

والسنة الكريمة :

ما رواه أبو هريرة ان رسول الله قال : أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدأ بمن تعول . تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني[1] . رواه الدارقطني .

ووجه الاستدلال : ان للزوجة حين الاعسار أن تطلب الطلاق أو الانفاق .

وما روي عن الصحابة :

إن عمر بن الخطاب كتب إلى امراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما جسوا . اخرجه الشافعي والبيهقي[2] .

وعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه في الرجل لا يجد ما ينفق على أهله قال : يفرق بينهما .

وبالقياس :

فقد أجمع الفقهاء ما عدا ابن حزم على ان لزوجة العنين أن تطلب الطلاق من القاضي وذلك لتضررها ، والضرر لعدم الانفاق أشد وقعاً من الضرر بالعنة .

---

(١) سبل السلام ٣٠٣/٣ . ونص الحديث في البخاري : أفضل الصدقة ما ترك عن غني واليد العليا خير من اليد السفلى . وابدأ بمن تعول تقول المرأة : أما أن تطعمني واما أن تطلقني .

(٢) سبل السلام ٣٠٧/٣ .

جاء في المهذب[1] : ولأنه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل ، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر و اولى .

مناقشة هذه الادلة :

١ ــ أما قوله تعالى : فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان . فان من غير المعقول أن يقال للممسك المعسر انه ممسك بغير معروف وانه ظالم لزوجته ، قد يقال بالنسبة للممتنع عن الانفاق على زوجته مع القدرة على ذلك ، وإلا للزم أن يكون فقراء الصحابة وهم كثر الذين لم يفارقوا زوجاتهم كانوا ظالمين لهن وغير ممكسين بالمعروف .

وقوله تعالى : ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ، فالرد ان امساك العاجز المعسر لا يعد ضراراً ، وإلا كان التفريق واجباً ولو لم يطلبه الزوجان . ولم يقل بهذا أحد .

فالعجز عن الانفاق لا يعتبر اضراراً كما ان امساك المعسر لزوجته لا يعتبر مضارة والله تعالى يقول : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

٢ ــ وردوا حديث أبي هريرة بأنه ليس من كلام الرسول بل من استنتاج أبي هريرة ، ولو سلمنا انه من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فليست فيه دلالة قاطعة على اجازة التفريق وموضوعه الغني القادر المتمنع عن الانفاق وليس بالمعسر .

٣ ــ وكذلك فان الاثر المروي عن عمر بن الخطاب لا يفيد أكثر من تخيير الأزواج بين الانفاق والطلاق ، والطلاق هنا بإرادة الازواج وليس بحكم الحاكم ، كما انه يدل على ان الازواج غير معسرين وإلا لما كان التخيير بين الانفاق أو الطلاق إذ المعسر لا يملك الانفاق فكيف له الخيار .

٤ ــ وأما قياس الاعسار على التفريق للعنة فانه قياس مع الفارق إذ أن مرض العنــة مرض دائم لا يرجى زواله غالباً وان الاعسار أمر موقت لأن المال غاد ورائح فلا يجوز قياس أمر عارض على أمر غير قابل للشفاء والزوال .

---

(١) المهذب ٢/١٧٥ .

ثانيا ـ تفصيل مذهب التفريق للاعسار بين الزوجين

سنبحث لدى الشافعية والحنابلة والمالكية التفريق للاعسار بين الزوجين مع بيان أوجه الاختلاف فيما بين هذه المذاهب وذلك على ضوء النقط التالية :

١) هل يفرق بين الزوجين إذا امتنع الزوج عن الانفاق وهو قادر عليه .

٢) متى يجوز للزوجة أن تطلب التفريق لعدم الانفاق .

٣) هل هذا الحق يثبت للزوجة على الفور أم على التراخي .

٤) ما هو اثر علم الزوجة باعسار زوجها على اسقاط حقها في طلب الفرقة .

٥) ما هي النفقة التي إذا اعسر بها حق للزوجة طلب التفريق لأجلها .

٦) اثر هذه الفرقة وهل هي فسخ أم طلاق وهل يشترط أن تكون أمام القاضي .

* * *

١) اذا كان الزوج قادرا على الانفاق

مذهب الشافعية :

إذا امتنع الزوج القادر على الانفاق أن ينفق على زوجته ، فللقاضي أن يجبره على ذلك ، ولا يجوز لزوجته أن تطلب التفريق ما دام زوجها غنياً ، وعليها أن تأخذ من ماله ولو بدون رضاه ، فان لم تستطع فعليها أن ترفع الأمر إلى القاضي حيث يجبره على الانفاق .

وذلك أن التفريق بسبب الاعسار والممتنع عن الانفاق مع المقدرة ليس بمعسر . ولأن الموسر الممتنع قد يعود عن ظلمه فينفق على زوجته .

وكذلك ان كان الزوج غائباً فلا تفريق للاعسار لأنه لا يعرف حاله فقد يكون موسراً

فلا يجوز التفريق حينئذ ، وعلى الزوجة أن تنفق على نفسها ما دام غائباً وما تنفقه دين في ذمة زوجها . أما إذا علم اعساره في غيبته بالمكان الذي يقيم فيه فيجوز طلب التفريق .

جاء في نهاية المحتاج(١) : « اما ان كان موسراً وامتنع فلا فسخ . لأنها يمكنها أن تأخذ منه جبراً بقوة القضاء . أما ان كان غائباً ولم يثبت عسره فلا فسخ لأنه كالحاضر الممتنع . »

ولعل وجهة هذا النظر ان التفريق شرع للاعسار وما دام الزوج غير معسر فلا تفريق سواء أكان حاضراً أم غائباً .

على أن بعض الشافعية قالوا : لزوجة الغائب حق الفسخ ما دام لم يترك لها نفقة . وهذا في رأينا هو الاوجه إذ ما قيمة وجوده وغيابه إذا لم يكن هناك مال تنفق منه ، فسواء كان موسراً أم فقيراً فالمهم أن يكون لدى الزوجة ما تنفق منه من مال زوجها فان تعذر فيجب أن يكون لها الحق بالفسخ .

وقال في المهذب(٢) : ومن أصحابنا من ذكر فيه وجهاً آخر انه يثبت لها الفسخ لأن تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالاعسار .

وكذلك لا يثبت للزوجة حق الفسخ إذا كان لزوجها دين على آخر وكان المدين موسراً فلها أن تطالبه بوفاء دينه لتنفق منه اما إذا كان المدين معسراً فلها حق طلب الفسخ لتعذر حصول الدين من معسر .

قال في المهذب (٣) : « وان كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ وان كان على معسر ثبت لها الفسخ »(٤) .

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٦٦٣ .
(٢) المهذب ٢/١٧٥ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) جاء في تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٥٦ :
مذهب الشافعي رضي الله عنه : ان نفقة الزوجات واجبة بطريق المعاوضة عن الحبس ، كما وجب الصداق في مقابلة ما ثبت له من ملك الطلاق . واحتج في ذلك : بسقوط نفقتها عند خروجها وبروزها ، حيث فات المعوض .
=

مذهب الحنابلة :

وقال الحنابلة إذا امتنع الزوج الموسر عن الانفاق سواء أكان حاضراً أم غائباً فللزوجة أن تأخذ من ماله لتنفق على نفسها والا فالقاضي يجبره ان كان حاضراً أو يبيع من عقاراته ان كان غائباً وذلك للانفاق على زوجته .

أما إن غاب الزوج ولم يترك نفقة لزوجته ولم يترك شيئاً يبيعه القاضي للنفقة كان للزوجة أن تطلب التفريق .

جاء في الانصاف [1] : إذا كان له مال وكان غائباً كان للحاكم أن يبيع ولو من عقاراته لتنفق على نفسها ، وإلا كان لها الفسخ . هذا المذهب .

وجاء أيضاً : وان غاب ولم يترك لها نفقة ولم تقدر له على مال ولا الاستدانة عليه فلها الفسخ . هذا المذهب .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية إلى أن الزوج إذا امتنع عن الانفاق وكان له مال ظاهر أخذت النفقة من ماله وتباع في ذلك عروضه وما يملكه سواء أكان حاضراً أم غائباً بعد أن يؤجله القاضي مدة لعله ينفق خلالها .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر فان ادعى العسر ، منحه القاضي مهلة للانفاق فان مضت ولم ينفق طلق عليه . أما إذا ادعى القدرة وأصر على عدم الانفاق ففي المذهب قولان : قيل يطلق عليه القاضي .

وقيل يسجن حتى ينفق .

= وذهبت الحنفية الى : انها واجبه بطريق الصلة لنفقة القريب. وزعموا ان النفقة تابعة في النكاح ، اذ ليس النكاح من عقود اكتساب المال .

ويتفرع عن هذه الأصل : ان الاعسار بالنفقة يثبت للمرأة حق الفسخ عندنا تحقيقاً للعوضية .

وعندهم : لا يثبت به إلا القدرة على مفارقة المنزل ، والخروج للاكتساب .

(١) الانصاف ٣٩/٩ .

جاء في شرح المواق[1] : فان غاب عن زوجة ولم يترك لها نفقة وله مال حاضر فرض لها القاضي نفقتها فيه بعد يمينها انه ما ترك لها نفقة ولا أرسل بها اليها ، ولا اسقطتها عنه .

وتباع في ذلك عروضه وأملاكه بعد تأجيله في الاملاك .

وجاء في مواهب الجليل[2] : ومن لم يثبت عسره وامتنع عن الانفاق أو الطلاق فتارة يقر بالملاءة وتارة يدعي العسر .

فان ادعى العسر : تلوم له وان اقر بالملاءة فحكى ابن عرفة في ذلك قولين :

أحدهما : ــ انه يعجل عليه للطلاق . والثاني انه يسجن حتى ينفق .

وإذا كان له مال ظاهر أخذت النفقة منه كرهاً .

وفي شرح الخرشي[3] : ويباع عقار الغائب في نفقة زوجته إذا لم يكن له مال ولا دين ولا وديعة بعد ثبوت ملكه له بالبينة .

يبدو لي ان الشافعية حينما ذهبوا إلى انه لا تفريق إذن كان الزوج قادراً على الانفاق بل يجبر على ذلك حتى ولو كان غائباً ولم يترك مالاً فلا تفريق خلافاً لما ذهب اليه المالكية والشافعية .

إن السبب في ذلك هو ان علة التفريق عند الشافعية هو ذات الاعسار . فاذا لم يثبت ذلك فلا تفريق . أما عند المالكية والحنابلة فان علة التفريق هو الضرر من عدم الانفاق فسواء كان موسراً وامتنع عن الانفاق أم كان معسراً ولم ينفق فالنتيجة واحدة والضرر حاصل للزوجة في كلا الامرين ولهذا أجازوا التفريق .

٢) اذا لم يكن للزوج مال

لا خلاف في المذاهب الثلاثة ان الزوج إذا امتنع عن الانفاق وكان معسراً فللزوجة أن تطلب التفريق من القاضي ان لم تصبر على فقره . أما لو أنفقت على نفسها خلال مدة

---

(٢) شرح المواق ٤/٢٠١ .

(٣) مواهب الجليل ٤/١٩٦ .

(٤) شرح الخرشي ٣/٣٤٠ .

اعساره فلها أن ترجع بما أنفقته على زوجها حين يساره لأن نفقة الزوجة على زوجها ، ولو كانت غنية .

جاء في نهاية المحتاج [1] : إذا عجز الزوج عن نفقة زوجته ولم تصبر فلها فسخ الزواج بعد أن ترفع الأمر إلى القاضي ... أما ان صبرت وانفقت على نفسها أصبحت النفقة في ذمة زوجها تأخذه متى أيسر .

وجاء في الانصاف[2] : إذا عجز الرجل عن أقل نفقة خيرت المرأة بين الفسخ وبين المقام معه على النكاح .

وفي فتاوى ابن تيمية[3] : إذا تعذرت النفقة من جهة فلها فسخ النكاح[4] .

وفي البهجة[5] : ـ ولها الفسخ ان عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية .

* * *

٣) هل الفسخ فوري أم يخضع للتأجيل :

الشافعية :

قال الشافعية إذا عجز الزوج عن النفقة فان كان سبب ذلك مرض ألم به وكان مرجو الزوال انتظرت الزوجة وصبرت حتى شفائه أما إذا كان المرض طويل الشفاء فلهـــا أن تطلب من القاضي الفرقة .

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٣٦٣ .

(٢) الانصاف ٩/٣٩٠ .

(٣) ابن تيمية : تقي الدين احمد بن عبد الحليم ابن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي . ولد في حران عام ٦٦١ هـ وطلب العلم في دمشق وسافر الى مصر فسجن لفتوى خالف فيها علماء مصر ثم اطلق سراحه فعاد الى دمشق وتوفي فيها سنة ٧١٢ له مؤلفات كثيرة أشهرها : الفتاوى ، الاختيارات العلمية ، منهاج السنة ، مجموعة رسائل فيها ٢٩ رسالة . راجع الاعلام ١/٤٤ .

(٤) فتاوي ابن تيمية ٤/٩٢ .

(٥) البهجة ٢/٣٩٧ .

وفي كل وقت ثبت للزوجة حق طلب الفرقة فلها أن تتقدم إلى القاضي .

وفي وقت الفسخ قولان : قيل يفسخ في الحال بدون تأجيل .

وقيل بل يؤجل القاضي الزوج ثلاثة أيام فإذا لم ينفق فرق بينهما .

جاء في المهذب[١] : وان كانت نفقته في عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت فان كان مرضاً يرجى زواله في اليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ ، لأنه يمكنهـا أن تستدين ما تنفقه ثم تقضيه . وان كان مرضاً مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم النفقة .

وقال : وفي وقت الفسخ قولان : أحدهما ان لها الفسخ في الحال . والثاني انه يمهل ثلاثة أيام .

الحنابلة :

وذهب الحنابلة إلى أن الزوجة بالخيار في حق الفسخ فان شاءت أن تطلب ذلك فور اعسار الزوج كان لها ذلك ، وان شاءت التراضي في الطلب فهي بالخيار .

جاء في كشاف القناع[٢] : وحق الفسخ بالتراضي ان شاءت لأنه كخيار العيب . ولها الفسخ من غير انتظار .

المالكية :

قال المالكية إذا رفعت الزوجة أمرها للقاضي للتفريق لاعسار زوجها فعلى القاضي امهال الزوج فترة من الزمن لعله ينفق أو يتدارك سبل العيش ولا تحديد لهذه المدة بل تخضع لتقدير القاضي حسب ظروف كل زوج وزوجته[٣] .

---

(١) المهذب ٢/١٧٥ .

(٢) كشاف القناع ٥/٣٩٠ .

(٣) يقول القرافي في كتاب الاحكام في تمييز الفتاوي عن الاحكام . تحقيق الأستاذ الشيخ عبد الفتاح ابو غدة ص ١٤٦ ان الضابط الذي يرجع اليه في ترتيب الأحكام على اسبابها من غير حكم حاكم ، ومـا يفتقر لحكم الحاكم ان الموجب للافتقار لحكم الحاكم ثلاثة أسباب : السبب الأول: كون ذلك الحكم يحتاج =

وإذا مرض الزوج خلال مدة الانتظار فعلى القاضي أن يزيد مدة المرض في المهلة المقررة ان كان المرض يسيراً يرجى برؤه خلال أيام .

قال الدردير[١] : ونزيد في مدة التلوم ان مرض أو سجن بعد اثبات العسر لا في زمن اثباته فيزاد بقدر ما يرجى له شيء . وهذا إذا رجي بروءه من المرض وخاصة من السجن عن قرب والا طلق عليه .

وجاء في البهجة[٢] : « ولما كان الاجل المذكور غير محتم بحيث لا يعدل عنه بل هو من جملة الآجال التي هي موكولة لاجتهاد الحكام فيوسعونها على من يرجى يسره ، ولا يوسعونها على من لا يرجى منه ذلك ، وعلى ما يرونه من حاجة صبر المرأة وعدم صبرها » .

٤) الرضا او العلم بالاعسار :

قال الشافعية والحنابلة : ان رضا الزوجة أو علمها باعسار زوجها لا يسقط حقها في طلب التفريق لأن هذا الحق متجدد في كل يوم وكذلك لو اشترط عليها ان لا نفقة لها عليه فلا يسقط حقها لأنه شرط يخالف مقتضى العقد .

جاء في نهاية المحتاج[٣] : « لا يشترط عدم علمها بفقره عند العقد . فإذا علمت ورضيت به ثم عجز عن الانفاق لا يسقط حقها في الفسخ في النفقة لأن النفقة ضرورية للحياة ورضاها لا يسقط حقها » .

وجاء في الوجيز[٤] : « وقولها رضيت باعساره ابداً وعدلاً يجب الوفاء به » .

وفي كشاف القناع[٥] : « إذا رضيت بعسرته أو تزوجته عالمة به فلا يسقط حقها ،

= الى نظر وتحرير وبذل وجهد ...
ومن أمثلة ذلك : الطلاق بالاعسار ، لأنه يفتقر الى تحقيق الاعسار ، وهل ذلك الزوج من تستحق عليه النفقة حتى يقدح في استمرار عصمته الاعسار ، ام هو ممن ظاهر حاله العجز ابداً ، كما قال مالك : لو تزوجت رجلا من اهل الصفة « فقراء الصحابة » لم يكن لها التطليق بسبب الاعسار ، لدخولها عليه .

(١) الدردير على خليل ٢/٦٠٨
(٢) البهجة ٢/٣٩٦ .
(٣) نهاية المحتاج ٦/٢٦٣ .
(٤) الوجيز ٢/١١٥ .
(٥) كشاف القناع ٥/٣٩٠ .

أو شرط ان لا ينفق عليها » .

وحجة الحنابلة والشافعية : ان حق النفقة حق يتجدد في كل يوم فإذا اسقطت حقها في يوم ما فان هذا الحق يتجدد في اليوم التالي .

أما المالكية فقالوا ان علم الزوجة بفقر زوجها يسقط حقها في طلب التفريق للاعسار لأنها رضيت به فلا خيار لها .

جاء في الدسوقي[1] : إذا علمت حين العقد فقره فليس لها الفسخ .

وحجة المالكية : انهم قاسوا اسقاط حق الزوجة في النفقة على اسقاط حقهـــا في طلب الفسخ للعنة فإما ما رضيت واسقطت حقها فلا تفريق حينئذ .

٥) ما هو مقدار النفقة التي ان اعسر بها الزوج حق للزوجة طلب التفريق

إن المذاهب الثلاثة التي أجازت التفريق للاعسار حددت النفقة بالقوت الضروري الذي لولاه لما استطاعت الزوجة الحياة ، حتى انهم قالوا يكفي الخبز دون الادام فان عجز عن الخبز كان لهـــا طلب التفريق وان كان في كل من المذهبين الحنبلي والمالكي قولاً بأنه يعتبر بالنسبة للزوجة الغنية نفقة الاغنياء . كما انهم اتفقوا على انه لا تفريـــق لنفقة ماضيه .

قال الشافعية في المهذب[2] : وان اعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ لأن ما زاد غير مستحق بالاعسار . وان اعسر بالادم لم يثبت لها الفسخ لأن البدن يقوم بالطعام من غير ادم وان اعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة كما لا يقوم بغير القوت .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٦٠٧ .
(٢) المهذب ٢/١٧٤ .

وجاء في نهاية المحتاج [1] : لا فسخ عن النفقة المتجمدة الماضية ، ولكن ثبتت في ذمته .

وقال الحنابلة في الانصاف[2] : وان اعسر بالنفقة الماضية، أو النفقة الموسر أوالمتوسط أو الادم ، أو نفقة الخادم فلا فسخ لها . هذا المذهب .

وقال ابن عقيل في التذكرة : ان كانت ممن جرت عادته بأكل الطيب وليس الناعم: لزمه ذلك . فان كان معسراً : ملكت الفسخ إذا عجز عن القيام به .

وقال في الرعاية الكبرى : وان اعتادت الطيب والناعم ، فعجز عنهما : فلها الفسخ .

وقال المالكية في شرح المواق[3] : قال ابن القاسم : ان كانت ذات شرف ولم يجد الا قوتها لا يفرق بينهما .

قال مالك : وان لم يجد ما يواريها إلا ثوباً من غليظ الكتان لم يفرق بينهما وإن كانت غنية .

وفي شرح الخرشي[4] : والزوج إذا كان قادراً على قوت زوجته الكامل من الخبز مأدوماً أو غير مأدوم كان ذلك من قمح أو غيره فإنه لا قيام لها بحق الفسخ ولوكانت ذات قدر وغنى على المشهور وكذا لا قيام لها إذا كان يقدر على ما يستر عورتها ويواريها من غليظ الكتان أو الجلد وكانت غنية .

وقال الدردير[5] : ووجد من الكسوة ما يواري العورة أي جميع بدنها ولو من الخيش أو الصوف أو دون ما يلبسه فقراء المحل فلا يطلق عليه وان غنية .

وقال الدسوقي تعليقاً على هذا النص : هذا على المشهور خلافاً لاشهب . اي إذا كانت غنية فقد خالف اشهب وقال لها نفقة الأغنياء .

* * *

(١) نهاية المحتاج ٦/٢٦٠ .
(٢) الانصاف ٩/٣٨٧ .
(٣) المواق ٤/١٩٦ .
(٤) شرح الخرشي ٣/٣٣٨ .
(٥) الدردير ٢/٦٠٨ .

٦) آثار الفرقة وهل هي فسخ ام طلاق

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة للاعسار هي فسخ ولا تصح إلا لدى الحاكم .

وذهب المالكية إلى انها فرقة بطلاق وليست بفسخ والطلاق رجعي وللزوج ان أيسر الرجوع إلى زوجته ما دامت في العدة .

قال الشافعية في المهذب[1] : وان اختارت الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم .

وقال الحنابلة في الانصاف[2] : ولا يجوز الفسخ في ذلك إلا بحكم حاكم .

وقال المالكية في شرح الخرشي[3] : كل طلاق أوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة ، فللعسر الرجعة ان وجد في العدة يساراً يقوم بواجب مثلها .

وقال : فان اراد الزوج أن يراجعها فانه لا يمكن من ذلك ، بل ولا يصح إلا بعد أن يوجد معه يسار يقوم بواجب مثله لا أقل لأن الطلقة التي أوقعها الحاكم كانت لاجل فقره فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال موجب الطلقة وهو الاعسار الا أن ترضى لأن الحق لها .

ويلاحظ ان النفقة في هذه الحالة يجب ألا تقل عن نفقتها المعتادة في حال يساره لا نفقة الاعسار التي نص عليها الفقهاء حين فقره .

---

(١) المهذب ٢/١٧٥ .
(٢) الانصاف ٩/٣٩١ .
(٣) شرح الخرشي ٣/٣٣٨ .

الفرع الثاني

التفريق للاعسار بين الزوجين

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية

ذهبت معظم قوانين البلاد العربية إلى التفريق بين الزوجين إذا ما اعسر الزوج وطلبت الزوجة الطلاق من القاضي ، فالقاضي يأمر الزوج بالانفاق أو الطلاق فان أبى طلق عليه والطلاق رجعي يجوز للزوج ان يراجع أو انه إذا أثبت يساره ما دامت في العدة وذلك كله أخذاً من المذهب المالكي .

إلا أن القانون اللبناني لم يجز التفريق لعدم الانفاق أخذاً من المذهب الحنفي والقانون العراقي ليس فيه من الوضوح ما يدل على التفريق في حال الاعسار وان كان صريحاً في التفريق لعدم الانفاق وهذا ما ذهب اليه الشافعي .

لبنان :

م ٩٤ : إذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة ، يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب .

م ٩٦ : إذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة اعتباراً من يوم الطلب على أن يكون ديناً بذمة الزوج ويأذن للزوجة بأن تستدين باسم الزوج .

العراق :

م ٤٥ ف ١ ــ للزوجة أن ترفع الدعوى بطلب التفريق من زوجها في الحالتين :

١) امتناع الزوج من الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد امهاله مدة أقصاها ستون يوماً .

٢) تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة .

٢ — يعتبر تفريق القاضي في الحالتين المتقدمتين طلاقاً رجعياً .

تونس :

الفصل ٣٩ : لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين ، فان عجز بعد اتمامها عن الانفاق طلق عليه زوجته ، وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق .

الفصل ٤٠ : إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقم أحد بالانفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلاً مدة شهر ، على أن يظهر ثم يطلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك .

ويلاحظ أن القانون التونسي نص صراحة على ان علم المرأة باعسار زوجها يسقط حقها في طلب التفريق للاعسار .

وهذا يوافق ما جاء في المذهب المالكي خلافاً للمذهبين الشافعي والحنبلي .

مصر :

م ٤ : إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر أو موسر ، ولكن أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال .

وان ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالاً وان أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

م ٥ : إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ظاهر اعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليها القاضي بعد مضي الاجل .

فان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي .

وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة .

م ٦ : تطليق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت ايساره واستعد للانفاق في أثناء العدة فان لم يثبت ايساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة .

الاردن :

ونفس المواد التي جاء بها القانون المصري أخذ بها القانون الاردني في مواده ٩٨ — ٩٩ — ١٠٠ .

سورية :

م ١١٠ ف ١) يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته ، ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة .

٢) ان ثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة متناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فان لم ينفق فرق القاضي بينهما .

م ١١١ : تفريق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للانفاق .

المغرب :

وبمثل المواد التي جاء بها القانون السوري نص القانون المغربي في الفصل الثالث والخمسون .

السودان :

يعتبر السودان أول بلد عربي نصت تشريعاته على جواز التفريق للاعسار بين الزوجين ، كما انه التشريع الوحيد الذي جاءت أحكامه مفصلة في هذا الموضوع أخذاً من المذهب المالكي الذي يعتنقه اخواننا المسلمون في القطر الشقيق .

ونذكر نصوص المنشورات الشرعية بكاملها . مع الإشارة إلى أنه يرجع إلى المذهب المالكي في تفسير الغامض منها :

المنشور الشرعي رقم ١٧ الصادر في سنة ١٩١٥ .

م ١ : إذا كان للزوج مال يمكن الحصول على نفقة زوجته منه نفذ الحكم بنفقتها المستحقة شرعاً لها فيه سواء كان نقداً أو منقولاً أو عقاراً .

ويجوز للزوجة اثبات مال زوجها الغائب ان كان ديناً أو وديعة عند أحد واثبات عقاره أيضاً للحصول على نفقتها منه ومثل الزوجة في ذلك الأولاد والابوان فاذا لم يوجد للزوج مال يمكن الحصول على النفقة منه فإما أن يكون حاضراً أو غائباً .

م ٢ : الزوج الحاضر : إذا فرضت النفقة للزوجة وتعذر ايصالها اليها لعدم وجود مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه وأصر الزوج على عدم الانفاق ، وجاءت إلى القاضي تطلب الطلاق مدعية اعساره ، فان وافقها على الاعسار تمهل له القاضي مدة لا تزيد عن الشهرين انتظار اليسار ، فان ايسر فيها وأنفق منعت من دعوى الطلاق وإلا طلق عليه ، أما إذا ادعى اليسار وكذبها في دعوى الاعسار ضرب القاضي له أجلاً لينفق فيه أو يطلق ، فانلم يفعل أحد الأمرين أثناء الأجل طلق عليه بعد انقضائه فوراً .

وإذا جاءت المرأة مدعية يساره طالبة النظر والفراق لعدم حصولها على النفقة وادعى هو الاعسار وأثبته ببينة وحلف انه لا مال له وانه لا يقدر على ما فرض عليه تمهل له القاضي مدة لا تزيد عن الشهرين ثم طلق عليه ، أما إذا لم يثبته وادعى اليسار ضرب له أجلاً لينفق فيه أو يطلق فان لم يفعل أحد الأمرين طلق عليه فوراً .

م ٣ : أحكام الفقير الغائب الذي يمكن وصول الاعلان اليه .

إذا تقدمت امرأة إلى القاضي وطلبت التطليق على زوجها الغائب معلوم الجهة الذي يمكن وصول الاعلانات اليه بسبب انه معسر عن الانفاق عليها ، فبعد اعلانه بالطرق والأوضاع المبينة في اللائحة النظامية ان احضر أمام المحكمة يعامل بمقتضى الأحكام السابقة ، أما إذا لم يحضر فمتى أثبتت المرأة الزوجية وبقاءها واستمرارها في طاعته واستحقاقها للنفقة عليه وعدم اسقاطها عنه وعدم وجود ما تعدى فيه نفقتها تمهل القاضي

مدة ثلاثين يوماً وأعلنه بها فإذا لم يعد في خلالها ولم يرسل اليها النفقة طلقها عليه بعد ان يحلفها اليمين على انه لم يترك لها نفقة ولا وكيلاً بها ولا وصل اليها شيء من النفقة ولم يعد اليها سراً ولا جهراً ، ولا رضيت بالمقام معه بدون نفقة ، وانها تستحق النفقة عليه ولا تعلم له ما لا تعدى فيه نفقتها ولا تعلم ان عصمة النكاح بينهما انفصلت بوجه من الوجوه .

م ٤ : أحكام الفقير الغائب مجهول الجهة أو الذي لا يمكن وصول الاعلانات اليه .

إذا تقدمت امرأة إلى القاضي وطلبت التطليق على زوجها الغائب مجهول الجهة أو الذي لا يمكن وصول الاعلانات اليه بسبب العسر عن النفقة كان على القاضي أن يبحث عنه بواسطة أقاربه ومعارفه وكل من يظهر للقاضي أن لهم رابطة به وبواسطة الكتابة إلى جهة مظان وجوده ومتى تحقق لديه غيبته على الصفة المذكورة اذنها في الدعوى ، فاذا أثبتتها على النحو المبين في المادة السابقة تمهل القاضي مدة لا تزيد عن الشهر حتى إذا انقضى الأجل ولم يعد الزوج ولم يرسل اليها شيئاً حلفها على الوجه السالف وطلقها عليه .

م ٥ : الطلاق الذي يوقعه القاضي في جميع الاحوال طلاق رجعي يحلل للزوج معه مراجعة المرأة إذا عاد اليها في العدة موسراً قادراً على استدامة النفقة وكانت مدخولاً بها ، وطلاق بائن تملك به أمر نفسها إذا لم تكن مدخولاً بها .

م ٦ : إذا تطوع قريب الزوج الغائب أو أجنبي عنه بنفقة الزوجة فلا تجاب إلى طلب الطلاق للاعسار .

م ٧ : إذا عجزت المرأة عن اثبات غيبة زوجها لغربتها وعدم من يعرف زوجها فان القاضي يحلفها اليمين المتقدمة ويطلقها عليه ان شاءت ويسمي القاضي في حكمه الزوج الذي ذكرت ويصفه أيضاً بما ذكرت فان قدم وأنكر الزوجية لم يضر ، وان أقر بها وقع عليه الطلاق .

م ٨ : إذا قدر الزوج على القوت كاملاً ولو من خشن المأكول أو خبز بغير أدم وعلى الكسوة التي تواري جميع البدن ولو من خشن الملبوس فلا تطلق عليه .

م ٩ : المطلقة لعدم النفقة إذا رجع زوجها وأثبت انه كان أرسلها ووصلتها أو تركها عندها أو أسقطتها في المستقبل فلا تفوت عليه إلا إذا تزوج بها رجل ودخل بها .

ملاحظاتنا حول مواد التفريق للاعسار :

١) لم تفرق قو انين البلاد العربية بين حالتين كان يجب التفريق بينهما هي حالة امتناع الزوج عن الانفاق مع قدرته وحال امتناعه عن الإنفاق مع عدم قدرته .

فالزوج القادر على الانفاق إذا لم ينفق على زوجته يجب تعزيره فضلاً عن تطليق زوجته عليه إن أبى الطلاق .

أما إذا كان الامتناع عن الانفاق للاعسار فالأمر في رأيي يختلف عن الحالة الأولى .

٢) لم تفرق القوانين بين الزوجة الغنية والزوجة الفقيرة وفي رأينا انه يجب التفرقة بينهما . فالزوجة إذا كانت غنية تستطيع الانفاق على نفسها وعلى زوجها فهذه يجب ألا يفرق بينها وبين زوجها إذ مناط التفريق يجب أن يكون الضرر ولا ضرر هنا من زوجة غنية تملك الانفاق ولا تنفق .

ومن الطبيعي أن تعتبر الزوجة التي لا مال لها ولها كسب تستطيع الانفاق منه كما لو كانت موظفة مثلاً بحكم الموسرين . فهذه في رأينا يجب أن تنفق على زوجها حرصاً على بقاء الحياة الزوجية ما أمكن لذلك سبيلاً ، وخاصة وان الفقر موقت قد لا يدوم .

أما ان لم تكن موظفة أو لا كسب لها فليس من المعقول أن نطالبها بالعمل لتنفق على زوجها لأن في هذا ارهاقاً فضلاً عن ان عدداً من المذاهب أباح لها طلب التفريق ولو كانت غنية .

فالزوجة الغنية ان كان زوجها ممتنعاً عن الانفاق عن قدرة فهذا كما قلنا يجب أن يفرق بينه وبين زوجته لأنه ظالم لا فرق في هذا ان كانت زوجته فقيرة أو غنية .

أما إذا كانت الزوجة فقيرة والزوج معسر لا يملك النفقة فهذه يفرق بينها وبين زوجها إذا طلبت ذلك لأنها لا تستطيع الحياة بدون نفقة .

٣) لم تحدد القوانين — ما عدا السوداني منها — مقدار النفقة التي ان اعسر بها الزوج فرق القاضي بينهما إذا طلبت الزوجة ذلك ، وقد رأينا في المذهب المالكي وهو مصدر هذه المواد انها النفقة الضرورية . بل جميع المذاهب التي أجازت التفريق للاعسار حددته

النفقة بالضروريات التي لولاها ما قامت الحياة لا نفقة الموسرين .

وكان الاجدر بالقوانين أن تحدد رأيها في الموضوع ليعرف القضاء وجهة المشرع في هذه النقطة وهل هي كما ذهبت المذاهب ، ام انها النفقة المعتادة بين الزوجين .

٤) اعتبرت جميع القوانين التي أجازت التفريق للاعسار الفرقة طلاقاً رجعياً وهو فقه حسن وفيه مراعاة لظروف الزوج فقد يوسر وامرأته في العدة فيعود اليها .

وأيضاً لم تحدد القوانين النفقة التي ان حصل عليها استطاع الرجوع إلى زوجته هل هي نفقة الاعسار أم النفقة المعتادة ؟..

والمصدر لهذه المواد يقول انها النفقة المعتادة بين الزوجين أما إذا حصل على نفقة الاعسار ، فلا يحق له الرجوع والرجعة باطلة .

* * *

الفرع الثالث

الاجتهادات القضائية

في قرار لمحكمة التميز السورية[1] : ان نفقة الزوجة تستوجب على الزوج ولو كانت غنية غير محتاجة .

كما قررت أنه إذا تقدمت الزوجة بدعوى تطلب التفريق للاعسار وردت الدعوى للاعسار لا يمنع تجديدها .

مقدار النفقة للزوج المعسر :

جاء في حكم لمحكمة ديروط الشرعية[3] : ادعاء الزوجة اعسار زوجها وتقدير ما تطلبه من نفقتها بمثل النفقة على الموسرين تناقض مانع من سماع دعواها بالطلاق للاعسار إذا كان هناك كفيل بالنفقة .

في حكم لمحكمة سنورس الشرعية[4] : لا تطلق الزوجة للاعسار إذا كان لها كفيل بالنفقة وموسر وله مال ظاهر .

---

(١) قرار التميز السورية ١٩٥٣/٤/١٦ وفي قرار آخر في ١٩٥٤/٨/٣١ أن نفقة الزوجة تترتب على الزوج ولو كانت موثرة ولا فرق بين اليسار الاصلي والطارىء .

(٢) التمييز السورية ١٩٥٣/٩/٩ .

(٣) محكمة ديروط الشرعية بمصر ٢٥ محرم ١٣٦٥ في ديسمبر ١٩٤٥ المحاماة الشرعية س ٣ ع ٦ ص ٥٦٨ .

(٤) محكمة سنورس الشرعية ١٢ رمضان ١٣٥٠ ٢٠ يناير ١٩٣٢ المحاماة الشرعية س ٣ ع ٦ ص ٥٦٨ .

الزوج الغائب اذا لم يترك نفقة :

في حكم لمحكمة المحلة الكبرى الشرعية [1] : إذا تعذر الاعذار إلى المدعى عليه بالانفاق في الغيبة القريبة حكم القاضي بالتفريق بدون اعذار الحاقاً للغيبة القريبة بالغيبة البعيدة .

شروط الرجعة للمطلق للاعسار :

في حكم لمحكمة الفيوم[2] : « لا تسمع من الزوج دعوى مراجعة لمطلقته للاعسار ما دامت حاله لم تتغير إلى ايسار » .

ولكننا نرى ان هذا لا يكفي بل لا بد من شرط آخر وهو استعداده للانفاق إذ يساره وحده غير كاف للرجعة .

كما جاء في حكم لمحكمة شبين القناطر الشرعية[3] :

لا تصح الرجعة من طلاق للاعسار إلا إذا أيسر الزوج واستعد للانفاق .

القاضي هو الذي يقدر مقدار اليسار :

جاء في حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية[4] :

لا يرتفع الضرر بعد ثبوت الاعسار والحكم بالطلاق بعرض نفقة شهر بعد امتناع أشهر وبعد الاعذار بالطلاق والقاضي هو الذي يقدر كفاية اليسار وعدمه وحقيقة الاستعداد للانفاق .

ونلاحظ على هذا الحكم انه أعطى القاضي حق تقدير يسار الزوج واستعداده للانفاق ونحن نرى أن القاضي مقيد في هذا بالمذهب الذي استمد منه الشارع هذا النص وهو أن النفقة في مثل هذه الحالة هي نفقة الموسرين لا نفقة الفقراء فان لم تتوفر فلا تصح الرجعة .

---

(١) محكمة المحلة الكبرى الشرعية ٣ صفر ١٣٥٣، ١٦ مايو ١٩٣٤ .

(٢) محكمة الفيوم ٢٩ صفر ١٣٥٣ في ٢١ يونيه ١٩٣٤ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩١ .

(٣) محكمة شبين القناطر الشرعية ٨ جمادى الثاني ١٨،١٣٥١ اكتوبر ١٩٣٢ المحاماة س٤ ص ٣٢٨ .

(٤) محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية ٥ ربيع أول ٢٥،١٣٥٣ ابريل ١٩٣٩ المحاماة س ١٠ ص ٨٢٤ .

اما اذا اصر على عدم الانفاق وراجع زوجته فالرجعة باطلة :

جاء في حكم لمحكمة ههيا الجزائية الشرعية[1] : تبطل الرجعة بعد الطلاق للاعسار ما دام الزوج مصراً على الامتناع عن النفقة .

والرجعة صحيحة بشرطيها السابقين ما دامت الزوجة في العدة :

في حكم لمحكمة طنطا الشرعية[2] : تقع الرجعة صحيحة شرعاً ، بعد الطلاق للاعسار إذا كانت في العدة وعرض عليها زوجها نفقتها الحاضرة .

* * *

(١) محكمة ههيا الشرعية الجزئية ٩ رمضان ١٣٤٩ ٢٨ يناير ١٩٣١ المحاماة الشرعية ص ٨٠ س ٣ع ١

(٢) محكمة طنطا الشرعية ذي القعدة ١٣٥١ في ٧ مارس ١٩٣٣ المحاماة الشرعية س ٥ ع ٩ .

الفرع الرابع

المواد المقترحة للتفريق بين الزوجين للاعسار

م ١ : إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته وكان له مال ظاهر أو دين على موسر نفذ القاضي عليه ما يكفي للانفاق على زوجته .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر وكان قادراً على الانفاق وأصر على عدم الانفاق طلق القاضي عليه إذا أبى الطلاق وطلبت الزوجة ذلك بعد تعزيره سجناً .

م ٢ : إذا كان الزوج معسراً لا يملك الانفاق وطلبت زوجته التفريق فان كانت فقيرة ، ولم تجد من يقرضها على زوجها فرق بينهما .

أما إن كانت غنية فلا يفرق بينهما بل تجبر على الانفاق على نفسها وعلى زوجها حتى يساره .

م ٣ : التفريق للاعسار يكون حين يعسر الزوج عن نفقة المعسرين وهي النفقة الضرورية ، لا النفقة المعتادة الواجبة عليه حين يساره .

م ٤ : الطلاق للاعسار رجعي .

م ٥ : تصح مراجعة الزوج ما دامت الزوجة في العدة إذا أيسر واستعد للانفاق النفقة المعتادة .

م ٦ : لا يعتبر الاعسار عن نفقة ماضية متجمدة بل تعتبر كسائر الديون .

* * *

المبحث الثاني

التفريق للاعسار لدى اليهود

طائفة الربانيين

يلزم الزوج لدى اليهود بالانفاق على زوجته ، فاذا اعسر كانت النفقة ديناً في ذمته . فاذا استدانت الزوجة من آخر لتنفق على نفسها وجب على الزوج وفاء الدين حين اليسار . أما إذا تطوع شخص وأنفق على الزوجة بدون اذن الزوج فلا يحق له الرجوع عليه إلا إذا كان مديناً له .

وفي حالة عدم وجود من يقرض الزوجة للانفاق أو يتطوع ذلك واعسر الزوج عن النفقة الضرورية فيجب على الزوج حينئذ أن يطلق زوجته .

وفي حالة غياب الزوج :

إذا لم يترك الزوج نفقة واستدانت الزوجة كان ذلك على زوجها ديناً في ذمته .

جاء في المادة ١١٣ : إذا استدانت الزوجة من أجل النفقة حال غياب زوجها لزمه الدين(١) .

وفي حالة تطوع آخر بالانفاق :

م ١١٤ : إذا تطوع أحد وأنفق على الزوجة فلا رجوع له على الزوج بغير ارادته وإنما إذا كان المنفق دائناً له وجبت المقاصة(٢) .

---

(١) الاحكام الشرعية للاسرائيليين .

(٢) راجع بحث المقاصة في الفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور . وهو من البحوث الهامة في الفقه المقارن .

اذا تركت الزوجة بيتها للشقاق :

م ١١٩ : إذا قام شقاق بين الزوجين وكان الرجل السبب فيه واضطرت المرأة أن تترك بيته واستدانت لتنفق لزمه الدين .

ويبدو من هذه المادة ان الناشزة التي تترك بيتها بدون سبب من الزوج لا نفقة لها .

وكذلك اذا تركت البيت لضرب زوجها :

م ١٢٢ : إذا تركت الزوجة المنزل هرباً من الضرب واخطرت ان تستدين لتنفق لزم زوجها الدين .

أما في حالة الاعسار :

م ٢١٥ : إذا اعوز الرجل حتى لم يعد في وسعه القوت الضروري لزمه الطلاق وبقيت حقوق الزوجية ديناً في ذمته .

على أن الزوجة إذا أنفقت على نفسها من مالها الذي اكتسبته من جهدها الخاص فليس لها أن تسترد ما أنفقت إذا كان زوجها معسراً وكانت النفقة في الحدود المألوفة المعتادة .

أما إذا أنفقت أكثر من النفقة المعتادة فان الزوج يلزم بدفع هذه الزيادة لزوجته حين يساره .

وقد جاء في المادة ١١٦ من كتاب حاي بن شمعون :

إذا أنفقت الزوجة من كدها فليس لها مطالبة على الرجل ، وإنما ما يفيض عما أنفقت يكون لها دونه .

م ١١٧ :

إذا عارضت الزوجة أن تنفق من كدها ، وأنفقت أكثر مما ربحت وجب على زوجها أن يكمل لها ما نقص .

طائفة القرائين

لا خلاف لدى اليهود في التفريق للاعسار ووجوب النفقة على الزوج فقد جاء في شعار الخضر[1] : للمرأة على الرجل نفقتها وكسوتها .

وقال[2] : ومحصل الأمر وجوب النفقة والكسوة والاحصان وإلا فالطلاق إذا قصر ما لم تعف .

ويلاحظ ان القواعد التي جاءت في هذا الموضوع لدى طائفة القرائين مختصرة على خلاف ما جاء لدى طائفة الربانيين .

ويرى بعض الشرّاح المعاصرين انه يمكن تطبيق قواعد الربانيين على جميع اليهود[3] .

مقارنة بين الشريعة الاسلامية واليهودية في التفريق للاعسار

تتفق الشريعتان على أن نفقة الزوجة على زوجها في حال يساره حيث ينفق وفي حال إعساره حيث تكون ديناً في ذمته .

وكذلك في حال الاستدانة فواجب الوفاء من الزوج إذا اضطرت الزوجة للاستقراض من أجنبي إذا لم تكن الزوجة ناشزة والافلا نفقة لها .

أما نقطة الخلاف فهي جوهرية في رأيي وهو ان التطليق على الزوج في حال الاعسار لدى الشريعة اليهودية بينما في الشريعة الإسلامية هو حق للزوجة لها أن تطالب به ولها أن تصبر على اعساره ولا يجب على الزوج الطلاق إذا لم تطلبه الزوجة .

وكذلك تختلف الشريعتان بأن الشريعة الإسلامية لا تكلف الزوجة بالانفاق ولو أنفقت على نفسها كانت النفقة ديناً في ذمة الزوج تطالبه بها حين يساره ، على خلاف ما هو عليه العمل لدى الشريعة اليهودية إذ لا رجوع للزوجة بما أنفقت بمثل هذه الحالة كما بينا .

---

(١) شعار الخضر ص ١١١ .
(٢) المصدر السابق ص ١١٣ .
(٣) الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ٢/٣٢٥ . الدكتور احمد سلامه .

الباب الخامس

الطلاق بحكم الشرع والقانون

وهو يتضمن :

الفصل الاول : اللعان والتفريق للزنا

الفصل الثاني : الظهار

الفصل الثالث : الايلاء

الفصل الرابع : الفرقة بتغيير الدين

الفصل الاول

اللعان أو التفريق للزنا

أجمعت الشرائع والقوانين على استنكار الزنا باعتباره من الجرائم التي تهدكيان المجتمع وتعمل على تفتيت أواصر وحدته وان اختلفت في مقدار العقوبة نظراً لاختلافها في تكييف هذه الجريمة ، وهل هي جريمة عامة تهم المجتمع فيجب عليه أن يعمل لمكافحتها ، أم هي جريمة خاصة تهم من تضرر منها .

لا خلاف بين الشرائع والقوانين ان جريمة الزنا من أحد الزوجين أشد وقعاً وأكثر أثراً من جريمة غير المتزوج ، ويشارك الإسلام في هذه النظرة من حيث العقوبة ، فعقوبة الزوج أشد من عقوبة غير المتزوج في شريعة الإسلام .

إلا أن الإسلام يمتاز بنظرته إلى زنا الزوجين على انها جريمة موجهة لا للاسرة فحسب بل للمجتمع بكامله . فزنا الزوجين في القوانين الأجنبية هو اخلال بالالتزام الزوجي ، بدليل انه لو صفح أحد الزوجين عن جريمة الآخر لما كانت هناك جريمة ، بل إذا وافق الزوج أو الزوجة فلا مؤاخذة ولا طلاق . هذه النزعة التي لا تزال في قوانين البلاد الاوروبية كما سنرى حين بحثها يبدو لي أنها نزعة رومانية قديمة حيث كان الرجل يوقع عقوبة الموت على زوجته إذا زنت وخانته وكان العقاب خاصاً به باعتباره هو المسؤول عن ذلك ثم انتقل حق العقوبة إلى مجلس عائلي يضم أفراد الاسرتين .

أما في الشريعة الإسلامية ، فسواء رضي الزوج أم سكت فالعقوبة نافذة لأن الجريمة لم ترتكب ضد الزوج وحده وإنما انتهك فيها القانون فوجب العقاب .

وسنبحث في هذا الموضوع اللعان في الشريعة الإسلامية وهو ما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا ، وعجز عن اثبات ذلك ، وسنقارن هـــذا البحث مع ما جاء في الشرائع اليهودية والمسيحية ، ثم نذكر القوانين الاجنبية التي أخذت بالتفريق بين الزوجين لسبب الزنا .

ثم نبين بمقارنة موجزة بين نظام اللعان في الإسلام وبين التفريق للزنا بـــين الشرائع والقوانين .

* * *

المبحث الاول

اللعان في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

الزنا جريمة تهد كيان المجتمع فتصيبه بالتفكك والانحلال لما ينتج عنه من ضياع الانساب وانتشار الامراض وسوء الاخلاق .

وإذا كانت النظرة إلى الزنا في المجتمع الذي يحترم كرامة الإنسان نظرة ازدراء ، واحتقار ، فان هذه النظرة لتكون أشد وقعاً إذا كانت الجريمة من فرد ارتبط مع آخر برباط المحبة والمودة .

وقد جاءت الشرائع والقوانين تحارب هذه الجريمة بعقوبتين عقوبة على من ارتكب جريمة الزنا أياً كان وعقوبة أُخرى على الرجل المتزوج لأنه خان العهد ، عهد الوفاء بينه وبين شريكه في الحياة فإذا ارتكب الزوج هذه الجريمة كان لا بد من عقوبتين عقوبة للدولة باعتبارها تمثل المجتمع الذي انتهكت فيه حرمته وعقوبة للاسرة رعاية وحفظاً لها وهي التفريق بين الزوجين .

فإذا ارتكبت الزوجة جريمة الزنا وعجز الزوج عن اثبات هذه الجريمة وشكا أمرها إلى القاضي ووقع التفريق بينهما بعد اجراءات وأيمان كان هذا هو اللعان في الشريعة الإسلامية(١) .

---

(١) اذا اتهمت الزوجة زوجها بالزنا فان أثبتت ذلك حد الزوج حد الزنا ، وان عجزت فلا لعان بينهما ، لأن اللعان خاص باتهام الزوج زوجته وحينئذ يقام على الزوجة حد القذف . وفي رأينا ان هذا يعد سبباً لطلب التفريق للضرر والشقاق لأن الزوجة التي تتهم زوجها بالزنا يتعذر ان لم نقل يستحيل استمرار الحياة الزوجية بينهما .

فاللعان إنما شرع ليكون العقوبة على الزوجة الزانية التي يعجز الزوج عن اثبات جريمتها نظراً لما أحاطه الشارع لهذه الجريمة من وسائل الاثبات يصعب تحقيقها .

فالرجل إذا رأى زوجته تزني أو شك في سلوكها أو في حمل حملته ظهر له انه من غيره . في هذه الحالات كلها ماذا يفعل ؟..

إذا اتهمها بالزنا وصعب عليه الاثبات ـ وغالباً ما يكون كذلك ـ وجب عليه حد القذف . وان سكت على زناها لا يجوز لأن الله تعالى يقول : « الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين » .

قد يقال ان الرجل يملك الطلاق فأي حاجة إلى اللعان وتفريق القاضي ؟.. والجواب على ذلك :

قد يكون هناك ولد يريد نفيه أو قد تكون هناك التزامات مالية تترتب على الطلاق إذا كان بارادته المنفردة .

لهذا شرع الله اللعان بين الزوجين .

* * *

الفرع الاول

تعريف اللعان ومصدر تشريعه

تعريفه :

لغة : اللعان لغة مصدر لاعن كقاتل من اللعن وهو الطرد والابعاد .

واصطلاحاً : عرفه صاحب تنوير الابصار بقوله(١) : شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها .

وجاء في شرح الخرشي(٢) : قال ابن عرفة : اللعان : حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه .

وفي الروضة البهية(٣) : وهو المباهلة بين الزوجين في ازالة حد أو نفي ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم .

وفي مغني المحتاج(٤) : اللعان : كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف ، من لطخ فراشه والحق العار به ، أو إلى نفي ولد .

وعرفه الحنابلة في التنقيح المشبع(٥) :

---

(١) تنوير الابصار ٤٠٨/١ ، ابن عابدين ٦٠١/٢ . المبسوط ٢١/٦ ، والبدائع ١٧٥/٣ .

(٢) شرح الخرشي ٢٦٣/٣ .

(٣) الروضة البهية ١٨١/٢ .

(٤) مغني المحتاج ٣٦٧/٣ .

(٥) التنقيح المشبع ٢٤٩ .

شهادات مؤكدات بايمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد قذف في جانبه ، وحد زنا في جانبها .

ومن التعاريف السابقة نستطيع أن نضع التعريف التالي :

اللعان :

أربع شهادات من الزوجين أمام الحاكم مؤكدات بالايمـــان مقرونة : شهادة الزوج باللعن ، وشهادة الزوجة بالغضب ، قائمة مقام حد القذف في حقه ، ومقـــام حد الزنا في حقها .

* * *

مصدر تشريعه : القرآن والسنة

القرآن :

جاء في سورة النور : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً واولئك هم الفاسقون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم .

والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين[1] » .

هذه الآيات الكريمات بينت لنا عقوبة من يقذف المحصنات عامة ، ثم عقوبة من يقذف من الأزواج زوجته. وهذه العقوبة التي جاء بها القرآن الكريم جلد ثمانين جلدة إلا إذا أتى بأربعة شهود[2] وبالنسبة للزوج فقد نزلت آية اللعان ببيان ما يدرأ عن الزوج ذلك وهي أربع شهادات .

السنة :

عن أنَس : ان هلال بن امية قذف شريك بن السمحاء بامرأته فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ائت بأربعة شهداء ، والا فحد في ظهرك قال ذلك مراراً ، ولم تكن آية اللعان قد نزلت .

فقال هلال : والله يا رسول الله ان الله ليعلم اني لصادق ، ولينزلن الله عليك مـــا يبرئ ظهري من الجلد ، فبينما هم كذلك اذ نزلت آية اللعان : والذين يرمون أزواجهم . فدعا هلالاً فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ثم دعيت المرأة فشهدت اربع شهادات بالله انها من الصادقين ، والخامسة

---

(١) سورة النورالآيات ٤ — ٩ .

(٢) قال الفقهاء ان القاذف اذا لم يأت بأربعة شهداء فعليه ثلاث عقوبات ١) جلد ثمانين جلدة ٢) بطلان شهادته ٣) الحكم بتفسيقه الى أن يتوب .

ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ثم فرق بينهما[١] .

وجاء في صحيح البخاري[٢] :

عن سهل بن سعد الساعدي : ان عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الانصاري ، فقال له يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟.. سل لي يا عاصم عن ذلك . فسأل عاصم رسول الله عن ذلك فكره رسول الله المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال : يا عاصم ماذا قال لك رسول الله فقال عاصم لعويمر لم تأتني بخير قد كره رسول الله المسألة التي سألته عنها ، فقال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى جاء رسول الله وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟.. فقال رسول الله قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها . قال سهل : فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله[٣] .

وقد اختلف المفسرون والفقهاء فيمن نزلت به آيات اللعان ، هل هو هلال بن أمية أم عويمر العجلاني ، وقد جمع بعضهم بينهما فقال ابن حجر بأن أول من وقع له ذلك هلال وصادف مجيء عويمر أيضاً فنزلت في شأنهما معاً في وقت واحد[٤] .

وبهذا نستطيع القول بأن حد القذف كما جاء في الآية الكريمة : والذين يرمون المحصنات. كان عاماً في كل قاذف.وعندما عرضت هذه الحادثة على رسول الله ووقع السائل في حرج من ذلك حيث سيطبق عليه الحد ، نزلت الآية فكانت تشريعاً جاء فيه : من يقذف زوجته فحكمه اللعان إذا لم يأت بالشهود ، ومن يقذف الأجنبية فحكمه كما كان إذا لم يأت بالشهود اقيم عليه الحد .

يقول الجصاص[٥] : اقيم اللعان في الزوجات مقام الحد في الاجنبيات .

---

(١) نيل الأوطار ٢٦٨/٦ .

(٢) فتح الباري – ط الخشاب ٣٧٠/٩ .

(٣) الرسالة للشافعي ص ١٤٨ الام ١١١/٥ .

(٤) فتح الباري ٣٧١/٨ .

(٥) احكام القرآن ٣٣٢/٣ .

الفرع الثاني

صيغة اللعان وكيفيته

لا خلاف يذكر بين الفقهاء حول صيغة اللعان لأنها وردت في القرآن الكريم وقضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بين ملأ من صحبه .

قال الاحناف والحنابلة والإمامية :

اللعان : ان يشهد الزوج اربع شهادات بالله انه من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفى هذا الولد والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفى هذا الولد .

وتشهد الزوجة اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفى الولد والخامسة ان غضب الله عليها[1] ان كان من الصادقين فيما رماهـا به من الزنا أو نفي الولد[2] .

وهذا ما جاء في ظاهر الرواية عند الاحناف[3] .

---

(١) وانما خصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب لان الرجل اذا كان كاذباً لم يصل ذنبه الى اكثر من القذف وان كانت هي كاذبة فذنبها اعظم لما فيه من تلويث الفراش والتعرض لالحاق من ليس من الزوج به . ابن حجر في فتح الباري ٣٦٥٩ .

(٢) مجمع الانهر ٤٦٤/١ ، الانصاف ٢٣٥/٩ الروضة البهية ١٨٢/٢ المختصر النافع ٢٣٥ . المبسوط ٤٣/٧ ، الزيلعي ١٧/٣ .

(٣) يرجع الفضل في تدوين ابي حنيفة الى الامام محمد بن الحسن الشيباني فقد نقل عن ابي حنيفة رأي المذهب في كتب عديدة تقسم الى قسمين : =

وجاء في النوادر عن الحسن عن أبي حنيفة انه لا بد ان يقول انه لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وهي تقول : أنت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لأنه إذا ذكر بلفظ الغائبة (رميتها) ، يمكن فيه شبهة واحتمال .

وقال الزيدية والليث بن سعد[١] : اللعان : ان يشهد الزوج أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وتشهد المرأة أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان هو من الكاذبين .

وقال مالك[٢] : اللعان ان يحلف الزوج أربع شهادات بالله يقول في كل شهادة منها : اشهد بالله اني رأيتها تزني أو ان هذا الحمل ليس مني ثم تشهد الزوجة أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به . ثم الخامسة تقول : ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين .

وما ذهب اليه مالك يخالف ظاهر الكتاب والسنة ففي القرآن والاحاديث السالفة لا يوجد ما يشير إلى أنه يشترط أن يقول انه رآها تزني .

أما الشافعية[٣] : فيشترطون ذكر اسم الزوجة في اللعان .

قال الشافعي : اللعان ان يشهد بالله أربع انه لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة بنت فلان ويشير اليها ان كانت حاضرة . ثم يعظه الإمام ويذكره بالله ويقول ، اني اخاف

= الاولى : ما نقلها الثقات عن محمد بن الحسن وتسمى كتب ظاهر الرواية وهي ستة : المبسوط، الجامع الكبير، الجامع الصغير ، كتاب السير الصغير ، كتاب السير الكبير والزيادات .
وقد جمعت هذه الكتب الستة في كتاب الكافي للحاكم الشهيد ، ثم شرح الكافي في كتاب اسمه المبسوط بثلاثين جزءاً لشمس الدين السرخسي .
الثانية : ما لم ينقله الثقات عن محمد بن الحسن وتسمى كتب النوادر واهمها : كتاب الكيسانيات والرقيات ، والهارونيات ، والجرجانيات .

(١) الليث بن سعد بن عبد الرحمن ابو الحارث : امام اهل مصر في عصره حديثاً وفقهاً . اصله من خراسان ولد في عام ٩٤ هـ توفي في القاهرة عام ١٧٥ هـ . قال الشافعي الليث أفقه من مالك الا أن اصحابه لم يقوموا به .

(٢) الروض النضير ١٩١/٤ بداية المجتهد ٧٢/٢ .

(٣) نهاية المحتاج ١٨٩/٦ .

ان لم تكن صدقت أن تبوء بلعنة الله ، فان يريد أن يمضي أمره يضع يده على فيه ويقول :
ان قولك عليّ لعنة الله ان كنت من الكاذبين موجبة لعنة الله ان كنت من الكاذبين .
وكذلك لا ضرورة إلى ذكر اسم الزوجة لأن الاشارة إلى زوجته تغني عن ذكر اسمها واسم أبيها .

امام الحاكم :

واتفق الفقهاء على انه لا بد في اللعان ان يكون امام الحاكم وذلك لامرين :

١) قوله عليه السلام لعويمر العجلاني : ائت بزوجتك .

٢) وأنه يشترط أن يكون ذلك لينصح الحاكم الزوجين لعل احدهما يرجع عن رأيه قبل أن يتم اللعان بينهما[١] .

ولا بد ان يطلب أحد الزوجين اللعان وقال بذلك الظاهرية فقالوا يجب على القاضي أن يجمعهما ولو لم يطلب احدهما ذلك[٢] .

* * *

(١) قال ابن القيم في زاد المعاد ٩٨/٤ . امر النبي صلى الله عليه وسلم ان يأتي بامرأته فدل على أنه لا بد ان يكون بحضرة الحاكم وليس للرعية اقامة ذلك .
(٢) المحلى ١٤٣/١٠ وجاء مثل ذلك في التاج المذهب ٢٦٠/٢ .

الفرع الثالث

شروط وجوب اللعان

اتفق الفقهاء على ان لا لعان إلا بين زوجين لما بينا ان حكم اللعان شرع للزوجين بدل حكم القذف للأجنبيات .

الاسلام والعدالة :

ولكن الفقهاء اختلفوا في شروط الزوجين هل يشترط فيهما الإسلام والعدالة أم لا ؟

قال الاحناف ورواية عن احمد وقول عند الجعفرية وهو قول الثوري والاوزاعي : انه يشترط ان يكون بين زوجين مسلمين [1] .

قال الجعفرية في الروضة البهية [2] : ويشترط ان يكون الملاعن كاملا بالبلوغ والعقل ، ولا تشترط العدالة ولا الحرية ولا الاسلام بل يلاعن ولو كان كافراً وقيل : لا يلاعن الكافر بناء على انه شهادات وهو ليس من اهلها .

وقال الحنابلة في الانصاف [3] : يشترط ان يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين او ذميين او فاسقين أو كان احدهما كذلك في احدى الروايتين و هو المذهب وعليه جماهير الاصحاب .

والرواية الاخرى : لا يصح الا بين زوجين مكلفين مسلمين اختاره الخرقي وقاله القاضي والشريف وابو الخطاب ورجحه .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٦٠١/٢ المبسوط ٤٠/٧ والبدائع ٢٤٠/٣ .

(٢) الروضة البهية ١٨٢/٢ .

(٣) الانصاف ٢٤٢/٩ .

وقال الظاهرية في المحلى [١] : اللعان بين زوجين مسلمين ام كتابيين سواء كان محدوداً في قذف اوزناً اولا .

وقال المالكية في بداية المجتهد [٢] : ويجوز بين زوجين مسلمين او مسلم وذميه .

اولاً — قال في الروض النضير [٣] : فيصح من كل زوج يصح طلاقه او يمينه سواء كانا كافرين ام مسلمين او أحدهما مسلماً والآخر كافراً .

وذهب الهادويه : لا يجوز الا من مسلمين .

منشأ الخلاف :

ان منشأ الخلاف بين من اشترط الاسلام والعدالة وبين من لم يشترط هو الخلاف حول ماهية اللعان هل هو يمين أم شهادة . فالذين اعتبروه شهادة اشترطوا فيه ما يشترط في الشهادة من شروط كالاحناف ولهذا قالوا فيمن يلاعن يشترط ان يكون من اهل الشهادة وان يكون ممن يجب عليه حد القذف . اما الذين لم يشترطوا الاسلام ولا العدالة فقالوا انه يمين .

وقال بعضهم ان اللعان يجمع بين الوصفين أي اليمين والشهادة والى هذا ذهب ابن القيم في زاد المعاد [٤] .

---

(١) المحلى ١٤٣/١٠ .
(٢) بداية المجتهد ٧١/٢ .
(٣) الروض النضير ١٩٨/٤ .
(٤) زاد المعاد ٩٣/٤ قال ابن القيم : والصحيح ان اللعان يجمع الوصفين اليمين والشهادة .

ادلة من قال ان اللعان شهادة

قوله تعالى : « والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ...

من هذه الآية نستدل :

١ — انه سبحانه وتعالى استثنى « انفسهم » من الشهداء ، وهذا استثناء متصل قطعاً ولهذا جاء مرفوعاً ، فدل على ان اللعان شهادة من كل من الزوجين فيشترط فيه اذن ما يشترط في الشهادة .

٢ — وقد صرح بأن اللعان شهادة ثم زاد سبحانه هذا بياناً فقال : ويدرأ عنهـا العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين .

٣ — وانه جعله بدلا من الشهود وقائماً مقامهم عند عدمهم .

. . .

ادلة من قال ان اللعان يمين

القرآن :

قالوا يصح اللعـان من كل من يصح يمينه لعموم قولـه تعالى : والذين يرمون ازواجهم (١) ....

السنة :

وان النبي صلى الله عليه وسلم سماه ايماناً بقوله لمن لاعنها زوجها ، لولا الايمان لكان لي ولها شأن (٢) :

---

(١) زاد المعاد ٤/٩٢ .

(٢) اما الاحناف فيردون هذا الحديث برواية من : لولا ما نص من كتاب الله . وهذا لفظ البخاري .

القياس :

وقالوا انه يسوي فيه الذكر والانثى بخلاف الشهادة .

الشهادة تطلق على اليمين :

فلو قال أشهد بالله انعقدت يمينه بذلك سواء نوى اليمين أو اطلق [(١)] .

وردوا على دليل الاحناف

١ – ان كلمة « إلا » ههنا صفة بمعنى غير والمعنى : ولم يكن لهم شهداء غير أنفسهم فان كلمة غير وإلا يستعملان في الوصف والاستثناء فيستثنى بغير حملا على الا ، ويوصف بإلا حملا على غير .

٢ – ان كلمة « أنفسهم » يجوز ان تكون استثناء منقطعاً على لغة بني تميم فانهم يبدلون في الانقطاع كما يبدل اهل الحجاز وهم في الاتصال .

٣ – انه استثنى انفسهم من الشهداء لانه اعتبر وجودهم مكان الشهداء وهذا يؤيد الجمهور في انه اذا امتنعت عن اللعان اقيم عليها حد الرجم .

اهلية الزوجة

هل يصح اللعان للزوجة الصغيرة او المجنونة :

قال الحنفية [(٢)] : اذا كانت كافرة أو صغيرة او مجنونة فلا حد لعدم الاحصان ولا لعان لذلك .

وجاء في المبسوط [(٣)] : واذ قذفها وهي صغيرة او هو صغير فلا حد ولا لعان .

أما الصبي فقوله هذر والصغيرة ليست بمحصنة وكذلك اذا كان احدهما مجنوناً او معتوهاً.

وقال الظاهرية [(٤)] : ان كانت صغيرة أو مجنونة حد حد القذف ولا بد ، ولا

---

(١) العرب تعد ذلك يميناً في لغتها قال قيس :

واشهد عند الله اني احبها ... فهذا لها عندي فما عندها لي

(٢) ابن عابدين ٢/٦٠١ .

(٣) المبسوط ٧/٤٢ .

(٤) المحلى ١٠/١٤٣ .

لعان في ذلك . لان الصغيرة والمجنونة لا يكون منهما الزنا اصلا والحد بنص القرآن واجب على كل من رما بالزنا .

وقال الحنابلة [1] : اذا قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما . هذا المذهب .

واشترط الجعفرية [2] : أن تكون فوق الثامنة من عمرها كما اشترط الزيدية [3] : أن تكون مكلفة والا فلا لعان .

وقال الشافعية [4] : اذا قذف زوجته الصغيرة وهي ممن لا يوطأ عزره القاضي تعزيزا ولا يحد .

وقال المالكية [5] : اذا كانت صغيرة في سن لا توطأ فيه فلا حد ولا لعان .

وان كانت صغيرة في سن توطأ فيه فانه يلتعن وحده .

---

(١) الانصاف ٩/٢٤٤ .
(٢) الروضة البهية ٢/٢٦٠ .
(٣) التاج المذهب ٢/٢٦٠ .
(٤) مغني المحتاج ٣/٣٨٢ .
(٥) شرح الخرشي ٣/٢٧٢ .

اللعان قبل الدخول

قال الحنابلة اذا قال لامرأته : زنيت قبل ان انكحك حد ايضاً على الصحيح من المذهب ولم يلاعن [1] .

وعن احمد : انه يلاعن ايضاً .

وقال المالكية : يجوز ان يقول لها رأيتك تزنين قبل ان اتزوجك ، فيجب اللعان [2].

وقال الزيدية : لو اضاف الزنا الى زوجته قبل العقد فيجب اللعان [3] .

وقال الاحناف : ويشمل زوجته قبل الدخول [4] .

وعند الجعفرية يشترط الدخول لانه على ما جاء في تعريفه في الروضة البهية . رمى الزوجة المحصنة المدخول بها بالزنا [5] .

* * *

(١) الانصاف ٩/٢٤٤ .
(٢) الخرشي ٣/٢٦٤ .
(٣) التاج المذهب ٢/٢٦٠ .
(٤) ابن عابدين ٢/٦٠١ .
(٥) الروضة البهية ٢/١٨٢ .

الفرع الرابع

اذا ابى احد الزوجين اللعان

اختلف الفقهاء في حكم نكول أحد الزوجين عن اللعان هل يقام على الناكل منهما الحد او يحبس حتى يلاعن ؟ ...

قال مالك والشافعية والظاهرية والليث بن سعد واحد قولين عند الجعفرية[1] ، ورواية احمد : أي الزوجين رفض اللعان اقيم عليه الحد فاذا كان الناكل الزوج اقيم عليه حد القذف ، وان كانت الزوجة اقيم عليها حد الرجم .

وقال الاحناف[2] وأحمد في رواية : أنه إذا نكل احد الزوجين عن اللعان يحبس حتى يلاعن .

وقد ايد هذا المذهب من الشافعية ابو المعالي في كتابه البرهان ، ومن المالكية ابن رشد في كتابه بداية المجتهد[3] .

قال الاباضية : ومن لاعن ثم رجع حُد حد القذف ان كان زوجاً ، وحد الزنا وهو الرجم هنا ان كان زوجة بأن اقرت بالزنا بعد ان لعنت الزوج .

ادلة الجمهور :

١) اذا نكل الزوج عن اللعان فيجب اقامة حد القذف لان آية القذف صريحة :

---

(١) الروضة البهية ١٨٤/٢ والمحلى ١٤٣/١٠ ، زاد المعاد ٩٤/٤ .

(٢) قال السرخسي في مبسوطه ٤٤/١ : واذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد اما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم . وقال ابن أبي ليلى ان انكاره بمنزلة اكذابه بنفسه فيقام عليه الحد ولكن انكاره نفى القذف واكذابه نفسه تقريراً لقذف فكيف يستقيم اقامة انكاره مقامه اكذابه نفسه فلهذا لا يحد .

(٣) بداية المجتهد ٧٢/٢ .

والذين يرمون المحصنات ... فهذه عامة بالنسبة لجميع الازواج وغيرهم فمن قذف محصنة حُد حد القذف .

ثم جاءت الآية التالية : والذين يرمون ازواجهم .. فجعلت اللعان بالنسبة للزوج مقام الشهود يسقط عنه الحد . فاذا لم يقم به طبق عليه حكم الآية الاولى وهو حد القذف كما لو قذف اجنبية .

٢) واما بالنسبة للزوجة : فاذا نكلت وجب عليها حد الرجم والدليل على ذلك ، قوله عليه السلام للمرأة بعد أن لاعنها زوجها : ان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة . ففي هذا دلالة واضحة على ان النبي عليه السلام يشير الى ان عذاب الدنيا وهو اقامة الحد في حال عدم لعانها اذا كانت كاذبة لأهون من عذاب الآخرة فكأنه يقول لها اذا لم تلاعني اقيم عليك الحد وهذا أهون من عذاب الآخرة .

٣) ان الله جعل لعان الزوج دارئاً لحد القذف عنه كما جعل لعان الزوجة دارئاً حد الزنا عنها . فكما ان الزوج اذا لم يلاعن يحد حد القذف فكذلك الزوجة اذا لم تلاعن يجب عليها الحد . وهذا الدليل في رأينا ليس حجة على الآخرين لان الاصل الذي قاس عليه الدليل وهو اقامة الحد على الزوج ليس مسلماً به عند الآخرين حتى يصح القياس عليه .

ادلة الاحناف :

١ — اذا نكل الزوج عن اللعان فلا يقام عليه الحد ، بل يحبس حتى يلاعن ، لان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد على الزوج حال نكوله عن اللعان ، واما الآية السابقة فهي لغير الزوجين فكيف يمكن اقامة حد دون نص ، والزيادة على النص والنسخ لا يجوز بالقياس .

٢ — وأما بالنسبة للزوجة فاذا نكلت حبست حتى تلاعن ولا يمكن اقامة حد الرجم عليها لان الحدود لا تقام الا ببينة او اقرار وقد قال عليه السلام « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : زنا بعد احصان ، وكفر بعد ايمان وقتل نفس بغير حق » فهذا يدل على نفي القتل — وهو الرجم — في غير تلك الحالات .

الرد على الجمهور : رد الاحناف على ادلة الجمهور :

١) أما عن دليل الجمهور الاول فقالوا : ان آية اللعان صريحة في عدم وجوب اقامة الحد على من نكل من الزوجين عن اللعان .

٢) وأما بالنسبة لقوله صلى الله عليه وسلم للملاعنة : ان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فيفهم منه أيضاً الحبس لانه عذاب أيضاً .

٣) ثم لو كان لعان الرجل في ذاته بينة توجب الحد على المرأة لم تملك اسقاطه باللعان وتكذيب البينة كما لو شهد عليها اربعة بالزنا . بل لو شهد الزوج على زوجته مع ثلاثة آخرين فلا تحد بهذه الشهادة عند الشافعي فكيف نقيم عليها الحد بشهادته وحده .

٤) وان الاثر المترتب على لعان الزوج هو اسقاط الحد على نفسه لا ايجاب الحد على زوجته .

٥) واذا شهد الزوج وثلاثة نفر على المرأة بالزنا جازت شهادتهم وامضى عليها الحد عندنا .

وقال الشافعي : لا تقبل شهادة الزوج على زوجته بالزنا لانه خصم في ذلك فانه يصير قاذفاً لها مستوجباً للعان ولا شهادة للخصم [1] . فكيف اذن يجيز الشافعي اقامة الحد بشهادته وحده ؟ ..

ونحن نرى : ان رأي الجمهور في حال نكول الزوج هو أقوى من رأي الاحناف لان الحد هو اثر من آثار القذف لا يزيله الا اللعان فاذا لم يلتعن الزوج فيجب اقامة الحد عليه .

واما في حال نكول الزوجة فان رأي الاحناف يبدو لي أنه الراجح لان اقامة الحد وخاصة الرجم بدون بينة ولا اقرار لا يجوز ، والا فأين الشهود الاربعة ؟ ... وما ذكره بعض الشافعية من ان شهادات الزوج الاربعة تقوم مقام الشهود فهو غير مقنع .

. . .

---

(١) المبسوط ٧/٥٤

يقول استاذنا الجليل فضلية الشيخ محمد أبو زهره في كتابه الاحوال الشخصية في بحث اللعان [١] : « فان امتنعت حبست حتى تحلف او تصدقه ، وان صدقته اقيم عليها حد الزنا » .

غير اني لم أجد في كتب الاحناف — فيما اطلعت عليه — من ذكر ذلك الا ما جاء في متن القدوري [٢] : « فان لاعن وجب عليها اللعان ، فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه فتحد » .

ولكن شراح المتن المذكور ومن جاء بعده من الفقهاء قالوا بخلاف ذلك وردوا قوله لانه مخالف لما جاء في المذهب .

جاء في الجوهرة [٣] : وهو شرح على متن القدوري « هذا غلط من النساخ لان تصديقها اياه لا يكون ابلغ من إقرارها بالزنا وثم لا تحد بمرة واحدة فهنا اولى وان صدقته عند الحاكم اربع مرات لا تحد ايضاً لانها لم تصرح بالزنا والحد لا يجب الا بالتصريح » .

وجاء في فتح القدير [٤] : وفي بعض نسخ القدوري : او تصدقه فتحد ، وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصداً بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد .

وفي ملتقى الابحر : فان ابت حبست حتى تلاعن او تصدقه .

---

(١) الاحوال الشخصية ص ٣٤٤ . اتصلت اثناء كتابة هذا الموضوع باستاذي الجليل فتفضل مشكوراً ببيان وجهة رأيه بما اقنعني حيث يرجح ما ذهب اليه الجمهور ولكني هنا انقل رأي المذهب الحنفي .

(٢) القدوري ٢/٧١ وقد جاء في النسخة المطبوعة : فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه فتحل والصواب فتحد فلتصحح .

(٣) الجوهرة ٢/٧١ .

(٤) فتح القدير ٣/٢٧١ وجاء فيه ٣/٢٥٠ اذا امتنع عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد .

وقال في مجمع الانهر تعليقاً على ذلك [١] : ولم يقل فتحد كما في بعض نسخ القدوري لكونه غلطاً لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق .

وفي متن الكنز : فان ابت حبست حتى تلاعن او تصدقه .

وقال الزيلعي في شرحه على المتن المذكور [٢] : وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فتحد وهو غلط ، لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة ، وهو لا يجب بالتصديق اربع مرات ، لان التصديق ليس باقرار قصدا فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد .

وجاء في المبسوط [٣] واذا صدقت المرأة زوجها عند الامام فقالت صدق ولم تقل زنيت فاعادت ذلك أربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا لان قولها صدق ، كلام محتمل ، وما لم تفصح بالاقرار بالزنا لا يلزمها الحد ، ولكن يبطل اللعان ولا يحد من قذفها لان الظاهر انها صدقته في نسبتها الى الزنا والظاهر يكفي لاسقاط احصانها .

ونقل ابن عابدين عن الكافي [٤] : واذا صدقت المرأة زوجها عند الامام فقالت صدق ولم تقل زنيت واعادت ذلك اربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنـــا ويبطل اللعان .

وقد يبدو أن الخلاف لفظي وخاصة ما ورد في المبسوط والكافي فقد جاء فيهما انه لو قالت صدق ولم تقل زنيت فلا يلزمها الحد .

غير اني وجدت ان الاحناف يقولون بأن موجب القذف كان هو الحد ثم انتسخ بعد ذلك باللعان في حق الزوجة [٥] .

---

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر ١/٤٦٥ .
(٢) تبين الحقائق ٣/١٦ .
(٣) المبسوط ٧/٥٧ .
(٤) ابن عابدين ٢/٦٠٣ .
(٥) المبسوط ٧/٣٩ .

قال الزيلعي وهو يناقش الشافعي[1] : إن قذف الرجل امرأته لا يوجب الحد عند اجتماع شرائط اللعان .

ثم قال : وما ذكره الشافعي منسوخ في حق الزوجين بآية اللعان ولو كان موجباً لما سقط بشهادته او يمينه لان الحقوق لا تسقط به .

وجاء في البدائع [2] : وأما آية القذف فقد قيل ان موجب القذف في الابتداء كان هو الحق في الاجنبيات والزوجات جميعاً ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان بآية اللعان .

وقال : على ان موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان ثم نسخ في الزوجات بآية اللعان فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره . هكذا هو مذهب عامة مشايخنا [3] .

---

(١) تبين الحقائق ٣/١٦ .

(٢) البدائع ٣/٢٣٨ .

(٣) اصول الفقه للدكتور الدواليبي ص ١٢٠ .

الفرع الخامس

آثار اللعان

متى تم اللعان بين الزوجين ترتب عليه اثره فما هو هذا الأثر ؟ ..

آثار اللعان :

١) الفرقة بين الزوجين .

٢) التحريم المؤبد او المؤقت .

٣) نفي الولد .

١ ـ الفرقة بين الزوجين

سنبحث هذا الموضوع في نقطتين :

١) هل تقع الفرقة بمجرد باللعان .

٢) وهل الفرقة فسخ أم طلاق .

اختلف الفقهاء في الفرقة التي تتم باللعان هل تحتاج فيه الى قضاء القاضي ام انها تتم بمجرد التلاعن بين الزوجين ام تقع بمجرد انتهاء لعان الزوج على اقوال :

١ ـ ذهب الاحناف [١] والجعفرية [٢] ورواية عن احمد اختارها الخرقي [٣] والزيدية [٤] :

ان الفرقة بين الزوجين تقع بحكم الحاكم بعد الانتهاء من اللعان [٥] .

٢ ـ وقال مالك [٦] وزفر [٧] والليث والظاهرية [٨] والحنابلة [٩] : ان الفرقة بين الزوجين تقع بينهما بانتهاء اللعان بينهما ولا حاجة لتفريق الحاكم .

٣ ـ وقال الشافعي [١٠] : وقد انفرد بهذا الرأي : اذا انتهى الزوج من لعانه وقعت الفرقة وحرمت عليه زوجته ولو لم تلتعن . وهناك قولان انفرد بهما اصحابهما :

٤ ـ رأي عثمان البتي وقال به ايضاً جابر بن زيد البصري احد اصحاب ابن عباس من الفقهاء التابعين وطائفة من فقهاء البصرة ! ان الملاعنة لا يترتب عليها وقوع الفرقة بل لا بد من طلاق الرجل .

وحجة اصحاب هذا الرأي : ان عويمر العجلاني طلق امرأته بعد اللعان ولم ينكر

---

(١) جاء في الجوهرة : وقبل ان يفرق الحاكم لا تقع الفرقة والزوجية قائمة ويقع طلاق الزوج عليها وظهاره وإيلاؤه ٧١/٥ . وراجع احكام القرآن للجصاص ٧١/٥ وفتح القدير ٢٥٣/٣ .

(٢) الروضة البهية ، ١٨٢/٢

(٣) الانصاف ٢٥٠/٩ .

(٤) الروض النضير ١٩٤/٤ التاج المذهب ٢٦٧/٢ .

(٥) وقال في مجمع الانهر ٤٦٥/١ ويحرم وطؤها بعد اللعان قبل التفريق .

(٦) بداية المجتهد ٧٣/٢ .

(٧) وقال زفر : تقع الفرقة لقوله عليه الصلاة والسلام : المتلاعنان لا يجتمعان ابداً ١٨/٣ .

(٨) المحلى ١٤٤/١٠ .

(٩) الانصاف ٢٥٠/٩ تنقل اكثر الكتب على ان مذهب احمد هو كمذهب الاحناف من ان الفرقة بين الزوجين لا تقع بمجرد اللعان بل لا بد من تفريق الحاكم ولكني حققت في هذه المسألة فوجدت الامر على خلاف ذلك وان مذهب احمد هو كمذهب الشافعي من ان الفرقة تقع بمجرد اللعان . وهذا ما جزم به في الوجيز وغيره وقدمه في المحرر والنظم والرعايتين والحاوي الصغير والفروع وغيرهم واختاره ابو بكر وغيره . وقال في الانصاف : هذا المذهب . وعن احمد : رواية اخرى : هي ظاهر كلام الخرقي واختارها القاضي وابو الخطاب انه لا بد من تفريق الحاكم .

(١٠) مغني المحتاج ٣٧٤/٣ ، الوجيز للغزالي ٥٥/٢ .

عليه رسول الله هذا الفعل فكان دليلا على ان الفرقة بين المتلاعنين وقعت بالطلاق لا بشيء آخر .

٥ — وقول لابي عبيد نقله ابن حجر في فتح الباري وابن القيم في زاد المعاد [١] : ان الفرقة بين الزوجين تقع بنفس القذف ولو لم يقع اللعان .

سنتناول بالدراسة أهم هذه الآراء مبينين الادلة وحجج كل فريق وما استنبطه من القرآن والسنة :

حديث عويمر العجلاني :

١) اذا رجعنا الى نص الحديث المذكور نرى أنه بعد أن تم اللعان بين الزوجين قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا . وكان هذا قبل أن يفرق النبي بينهما .

وجه الاستدلال : ان قول عويمر : كذبت عليها ان أمسكتها ، دليل على انها زوجته بعد اللعان والا فلا يصح أن يمسك اجنبية لو تمت الفرقة بتمام اللعان ، ثم ان هذا كان في حضرة النبي الكريم ولم ينكره فكان هذا إقرار من النبي على ما فعله عويمر وأنه حين طلق انما كانت زوجته .

فثبت بهذا أمران :

١) ان الفرقة لم تقع باللعان .

٢) اقرار النبي لعويمر بالطلاق دليل على ان الزوجة بعد اللعان محل للطلاق .

وفي رأينا ان هذا الدليل الذي ذكره الاحناف ليس نصاً في موضع النزاع بل يؤيد شطراً من النزاع وهو ان الفرقة لا تم بمجرد اللعان ولكن ليس فيه أي اشارة الى أنه يقع بتفريق القاضي .

---

(١) زاد المعاد ٤/١٠٢

ولكن هناك روايات أخرى تنص صراحة على ان النبي عليه السلام فرق بينهما .

قال ابن شهاب : « مضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما » .

وفي حديث ابن عمر ما يدل على ذلك اذ جاء فيه : ثم فرق بينهما .

فهذه الروايات تدل على ان التفريق كان بأمر الرسول عليه السلام خاصة وأنه لم يخبر الصحابة ومن حضر اللعان ان الفرقة بين الزوجين تتم بمجرد اللعان فدل على أنه لا فرقة بتمام اللعان ما لم يفرق الحاكم بينهما .

٢) وقالوا ان الفرقة بين الزوجين تقع بألفاظ الطلاق الصريحة او ألفاظ الكنايات التي تدل عليها ، وان لفظ اللعان ليس واحدا منها حتى تقع به الفرقة ، بدليل أنه لو كذب الزوج نفسه وأقيم عليه الحد لا يفرق بينه وبين زوجته .

رد على الشافعي :

وقال الشافعي ان الفرقة تتم بين الزوجين اذا ما أتم الزوج لعانه قبل أن تلاعن الزوجة. وحجته : ان لفظ اللعان كالطلاق فكما ان لفظ الطلاق لا يتوقف على غير كلام الزوج فكذلك اللعان .

٣) ان اللعان لا يكون الا بين زوجين فاذا تمت الفرقة بلعان الرجل كما ذهب اليه الشافعي وبانت الزوجة فأي لعان يتم من أجنبية ؟ .. فانه من المتفق عليه ان الزوج لو قذف زوجته ثم أبانها فانه لا يلاعن لأنه لم يعد زوجا حتى يلاعن زوجته ؟ ... فكيف اذن تلاعن زوجة أصبحت اجنبية عن زوجها حيث تمت الفرقة بينهما بمجرد لعانه وتمامه[1] .

ان الشرع ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان الزوج وحده .

---

(١) القذف بالزنا : حد القذف ثمانون جلدة لقوله تعالى : والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة .
ثم قاس الفقهاء على ذلك رمي المحصنين من الرجال فكل من اتهم محصناً او محصنة بالزنا وعجز عن إثبات ذلك اقيم عليه حد القذف .

وان النبي فرق بين المتلاعنين بعد لعانهما بوقوع الفرقة قبله مخالف عن قول السنة وفعل النبي[1] .

الرد على الاحناف :

١) حديث عويمر العجلاني : ليس فيه دلالة على ما ذهب اليه الاحناف اذ أن عويمرا طلق زوجته ثلاثا ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، والتفريق هنا لم يكن اللعان بل للطلاق الثلاث حيث بانت زوجته ففرق بينهما .

٢) وأما الفرقة بين الزوجين لا تقع الا بلفظ يدل على الطلاق صريحاً أو كتابــة . فينقض هذا الدليل ان كثيراً من أنواع الفرقة تقع بغير ذلك والامثلة كثيرة كالفرقــة بالردة وبالرضاع . فان الفرقة تقع بكل منهما مع أنه لا يوجد فيها لفظ الطلاق .

* * *

(١) زاد المعاد ١٠٣/٤ .

ادلة القائلين بأن الفرقة تقع باللعان ولا تحتاج الى الحاكم

١) استدلوا بحديث ابن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين : حسابكما على الله ، احدكما كاذب لا سبيل لك عليها ، قال يا رسول الله مالي ... قال :

لا مال لك ان كنت أصدقت عليها ، فهو بما استحللت من فرجها ، وان كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها ... متفق عليه .

وجه الاستدلال بهذا الحديث قوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها بعد اتمام اللعان بينهما . فدل بذلك على ان الفرقة وقعت بمجرد لعانهما .

وما جاء من روايات أخرى من أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين فيجب أن تحمل على هذا وأنه عليه السلام فرق بينهما لان الفرقة وقعت باللعان فهو مخبر عن الحكم الذي تقرر باللعان نفسه .

٢ – ما ورد عن علي قال : مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا أبداً ، رواه الدارقطني .

٣) عن علي وابن مسعود قال : مضت السنة أن لا يجتمع المتلاعنان . رواه الدارقطني .

هذان الخبران يفيدان صراحة بعدم جواز اجتماع المتلاعنين بعد تلاعنهما فاذا لم تقع الفرقة باللعان وانتظر حتى يفرق الحاكم بينهما كانت هناك فترة اجتمع فيها المتلاعنان وهذا لا يصح فلم يكن بد من أن تقول ان الفرقة تمت بلعانهما .

* * *

وقد ردوا على هذه الروايات بروايات اخرى :

١) عن سهل بن سعد في المتلاعنين : ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لا يجتمعان ابداً ، رواه أبو داود .

٢) وعن ابن عباس : ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابدا ، رواه الدارقطني .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ حسن مأمون بالتوفيق بين هذه الروايات[١] .

هذه الاحاديث تفيد ان تفريق الرسول حصل قبل اخباره بأن المتلاعنين لا يجتمعان أبدا ، فأفاد ذلك ان عدم الاجتماع ناشىء عن تفريق الرسول وليس ناشئاً عن حصول الفرقة باللعان ، ويكون معنى قول علي وقول ابن مسعود ان المتلاعنين لا يجتمعان انهما لا يجتمعان ما داما على حال التلاعن بعد التفريق ، وبذلك يجمع بين النصوص كلها ولا يكون بعضها دالا على حكم ما يفيده غيرها ، وتكون هذه الروايات كلها متفقة مع الاحاديث التي تدل على بقاء النكاح بعد اللعان وقبل تفريق الحاكم[٢] .

هذا يتفق مع ما ورد في الكتاب والسنة من أن اللعان شهادات من الزوجين فأشبهت الشهادة بالحقوق أمام الحاكم التي لا يثبت حكمها الا عند الحاكم وبحكمه ، فلا تثبت الفرقة باللعان ، بل تثبت بحكم الحاكم بالتفريق بين المتلاعنين .

٣) وردوا على الدليل الثالث : بأن ردة الزوجة لا توجب الفرقة حالاً بل لا بد من انتظار العدة حتى اذا ما مضى ثلاث حيض بانت الزوجة ووقعت الفرقة فكذلك الفرقة باللعان فهما وان كانا لا يقران على بقاء النكاح الا ان الفرقة لا تقع الا بعد تفريق القاضي .

---

(١) فقه القرآن والسنة ص ١٦٣

(٢) جاء في المبسوط ولو فرغا من اللعان فلم يفرق بينهما حتى مات احدهما توارثا . ٤٨/٧ وراجع ايضاً الزيلعي ١٧/٣

ادلة القائلين بأن اللعان لا يوجب التفريق

هذا هو ما ذهب اليه عثمان البتي وهورأي ضعيف لم أر من تابعه فيه فيما أطلعت عليه الا ما ذكره ابن حجر بن زيد البصري انه تابع عثمان بذلك .

وأدلة هذا الرأي :

١ ــ ان اللعان ليس من الفاظ الطلاق لا الصريح منها ولا الكناية ولو كان كذلك لوقعت به الفرقة متى تم سواء أكان أمام الحاكم أم كان عند غيره ، لا فرق في الحالين بينما نجدهم يقولون أنه لا تقع الفرقة الا أمام القاضي .

ووجهة هذا الدليل قياس اللعان أمام الحاكم على اللعان عند غير الحاكم فيما ان الثاني لا يقع به فرقة فكذلك يجب الا تقع الفرقة بالاول .

٢ ــ وأما ما أورده الجمهور من أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين فالسبب في ذلك ليس اللعان وانما هو الطلاق الثلاث فالتفريق هنا للبينونة بالطلاق لا للفرقة باللعان .

ويرد على هذا الرأي ما جاء في روايات ذكرنا أهمها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ومضت السنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابداً ، وفي حديث ابن عباس في هلال بن أمية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما .

* * *

٢) هل الفرقة باللعان فسخ ام طلاق ؟ ..

ذكرنا رأي الفقهاء في الفرقة التي تتم باللعان وهل تتم بمجرد اللعان أم بقضاء القاضي . والآن سنشير الى نوع هذه الفرقة هل هي فسخ أم طلاق ! ...

ذهب مالك[١] والشافعية[٢] والظاهرية[٣] والزيدية[٤] والحنابلة[٥] الى أن الفرقة باللعان فسخ للنكاح وليست بطلاق .

وقال بهذا الرأي أيضاً من الاحناف : ابو يوسف والحسن بن زياد .

وحجتهم ان هذه الفرقة تقتضي تحريما مؤبدا فكانت فسخاً كفرقة الرضاع .

أما أبو حنيفة فقد ذهب الى أنها طلاق بائن قياساً على فرقة العنين لدى الحاكم وانها فرقة من جانب الرجل فهي طلاق[٦] .

وقد ذكر صاحب الروض النضير وهو من أئمة الزيدية بحجة المذهب باعتبار الفرقة فسخاً عدة أسباب :

١) ان اللعان ليس صريحاً في الطلاق ولا نوى الزوج به الطلاق حتى يقع .

٢) ثم لو كان طلاقا لوقع بمجرد لعان الزوج ولم يتوقف على لعان المرأة .

٣) لو كان طلاقا فهو طلاق من مدخول بها بغير عوض لم ينوبه الثلاث فيكون رجعيا .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٧٣ الخرشي ٣/٢٧٥

(٢) المهذب ٢/١٣٤

(٣) المحلى ١٠/١٤٣

(٤) التاج المذهب ٢/٢٦٣

(٥) زاد المعاد ٣/١٠٣

(٦) فتح القدير ٣/٢٥٥

٤) ان الطلاق بيد الزوج ان شاء طلق وان شاء أمسك وهنا الفسخ حاصل بحكم الشرع .

٥) واستدلوا أيضاً بما رواه ابن عباس في المتلاعنين : انهما يفترقان بغير طلاق[١] .

٢ ـ التحريم المؤبد او المؤقت

اذا تمت الفرقة باللعان سواء بحكم الحاكم أم بتمام اللعان فهل التحريم بين الزوجين يصبح تحريماً مؤبداً بحيث لا يجوز للزوجين المتلاعنين أن يعودا الى بعضهما بعقد جديد ؟...

أم ان الفرقة بينهما مؤقتة سرعان ما تعود الزوجية اذا رغبا بالعودة فكذب الزوج نفسه واقيم عليه الحد ؟ ..

انقسم الفقهاء الى رأيين فمنهم من قال ان التحريم باللعان تحريم مؤبد كالتحريم بالرضاع ومنهم من قال أنه تحريم مؤقت كسائر أنواع الفرق التي تتم بحكم القضاء .

من قال بالتحريم المؤبد :

الجمهور على أن الفرقة باللعان فرقة مؤبدة وذلك ان الحياة الزوجية مبناها المحبة والثقة وأي ثقة يتبادلها زوجان تم اللعان بينهما أمام جماهير الناس[٢] .

قال في الروض النضير : « ان الحكمة تقتضي تأييد التحريم ، فان النفرة الحاصلة من اساءة كل واحد منهما الى صاحبه لا تزول ابدا لان الرجل ان كان صادقا عليها فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رؤوس الاشهاد وان كان كاذبا فقد أضاف الى ذلك تهمتها بهذه الفرية العظيمة[٣] .

---

(١) الروض النضير ٤/١٩٦ .

(٢) جاء في المهذب ٢/١٣٥ ويستحب ان يكون اللعان امام جماعة .

(٣) الروض النضير ٤/١٩٦

والى هذا ذهب الجعفرية[١] والشافعية[٢] والزيدية[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية[٥] والمالكية[٦] والاباضية[٧] . ومن الاحناف : أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد[٨] .

وهو مذهب عمرو علي وعبد الله بن مسعود .

حجة القائلين بالتحريم المؤبد :

ما روي عن الزهري في قصة المتلاعنين : ففرق رسول الله بينهما . وقال لا يجتمعان ابداً . وعن عمر بن الخطاب : يفرق بينهما ولا يجتمعان ابدا[٩] .

وقال سعيد بن جبير ان أكذب نفسه ردت اليه ما دامت في العدة .

وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :

« المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابداً . الروايات التي جاء فيها : فمضت سنة المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا .

---

(١) الروضة البهية ١٨٤/٢ حيث جاء فيها : والتحريم مؤبد ولو كذب نفسه . المختصر النافع ٢٣٥ .
(٢) نهاية المحتاج ١٩٣/٦
(٣) الروض النضير ١٩٦/٤ .
(٤) المذهب عند الحنابلة ان الفرقة باللعان فرقة مؤبدة هذا ما جزم به في الوجيز وقدمه في المحرر والنظم والرعايتين والحاوي الصغير والفروع .
وهناك رواية أخرى انه لا تحرم اذا كذب نفسه . وقد حاول صاحب الانصاف التوفيق بين المذهب والرواية الثانية فقال : ينبغي أن تحمل هذه الرواية علي ما اذا لم يفرق الحاكم بينهما فاما إن فرق بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله . الانصاف ١٢١/٨ .
(٥) المحلى ١٤٤/١٠
(٦) بداية المجتهد ٧٣/٢ الخرشي ٢٧٥/٣
(٧) شرح النيل ٥٤٥/٣
(٨) مجمع الأنهر ٤٦٤/١
(٩) زاد المعاد ١٠٤/٤ أما ابن القيم فقد قال في زاد المعاد بعد ان ذكر هذه الرواية اشارة الى قوله عليه السلام المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابداً . الرواية مطلقة ولا أثر لتفريق الحاكم في دوام التحريم فإن الفرقة الواقعة بنفس اللعان اقوى من الفرقة الحاصلة بتفريق الحاكم وفي رأيي ان منشأ الخلاف : ان من أجاز التكذيب ولم يجز هو الخلاف حول وقوع الفرقة بمجرد اللعان ام بتفريق الحاكم .

ورواية ابن عمر : ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا سبيل لك عليها .

وفي البيهقي من حديث سعيد بن جبير عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابدا .

فهذه النصوص تفيد أنها حرمت عليه حرمة مؤبدة .

وقد رد على هذا الدليل بأن قول ابن شهاب : فمضت سنة المتلاعنين ... ليس فيه ما يدل على أن السنة هي سنة النبي صلى الله عليه وسلم فقد تكون وقد لا تكون ، واذ وجد الاحتمال سقط الاستدلال .

وأما قوله : لا سبيل له عليها فهو بمثابة اخبار عن الفرقة التي تمت بينهما اذ انها حرمت عليه والحرمة سواء كانت مؤقتة أم لا يصدق القول فيها أنه لا سبيل له عليها ، ويكون معنى قوله عليه السلام : لا سبيل لك عليها ما لم تتزوجها من جديد وبعقد جديد[1]

---

(١) روى حديث « المتلاعنان لا يجتمعان ابداً » ثلاثة من الصحابة وهم : سهل بن سعد الساعدي ، وعبدالله ابن عمر ، وعبد الله بن عباس ، وروي موقوفاً عن ثلاثة من الصحابة ايضاً وهم : عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود ، وعلي بن أبي طالب . فحديث سهل بن سعد اخرجه البخاري ومسلم ومالك في طوطأ وابو داود والنسائي بطريق محمد بن شهاب . وفي رواية في قصة المتلاعنين للبيهقي بلفظ : فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : لا يجتمعان ابداً .
وحديث ابن عمر اخرجه الدارقطني والبيهقي في سننيهما قال : عد النبي صلى الله عليه وسلم « المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابداً » قال صاحب التنقيح : اسناده جيد .
وحديث ابن عباس اخرجه البخاري واحمد وابو داوود والترمذي .
وفي رواية للدارقطني عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم : « المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان أبداً » .
وحديث عمر اخرجه عبد الرزاق وابن ابي شيبة موقوفاً ولفظه : المتلاعنان لا يجتمعان ابداً . واخرجه عبد الرزاق ايضاً عن ابن مسعود وعلي. واخرجه ابن ابي شيبة ايضاً عن ابن عمر وابن مسعود موقوفاً ولم يروياه مرفوعاً اصلا . واخرجه الطبراني عن ابن مسعود . قال الهيثمي : وفيه قيس بن الربيع ، وثقة شعبه وغيره وفيه ضعف وبقية رجاله ثقات . وحديث ابن مسعود وعلي اخرجه الدارقطني وعبد الرزاق وابن ابي شيبة قالا : « مضت السنة ان لا يجتمع المتلاعنان » .
واخرج الدارقطني عن علي ايضاً قال : « مضت السنة في المتلاعنين ا نلا يجتمعا ابداً » .

من قال بالتحريم المؤقت

قال ابو حنيفة ومحمد ان الفرقة بين الزوجين باللعان توجب حرمة مؤقتة فاذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان والفرقة وأقيم عليه حد القذف فان له ان يعود الى زوجته بعقد جديد .

وروي هذا عن التابعين : سعيد بن المسيب وابراهيم والشعبي وسعيد بن جبير .

ادلة القائلين بالتحريم المؤقت :

١) عموم آيات النكاح في القرآن الكريم ليس فيها ما يشير الى التحريم المؤبد في اللعان كقوله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت » .

وكقوله تعالى : « وامهاتكم اللائي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة » فهذه نصوص التحريم ثم ذكر الله تعالى « واحل لكم ما وراء ذلكم » .

وقوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » .

فالله تعالى قد بين في كتابه الكريم ما حرمه على المسلمين من النساء وما أباحه لهم وليس فيه ما يدل على ان الزوجة التي فرق بينها وبين زوجها باللعان انها محرمة على زوجها .

٢) ان الفرقة باللعان تقع بحكم الحاكم وكل فرقة كانت من جانب الحاكم لا توجب التحريم المؤبد كالتفريق بسبب العيب .

ويمكن الرد على هذا الدليل ان التفريق بسبب العيب لا يمنع الزوجين من العودة الى حياتهما الزوجية اثر تفريقهما مباشرة بينما لا يجوز ذلك في اللعان فالقياس مع الفارق ، فالقاضي اذا فرق بين الزوجين بسبب العيب مثلا ثم أراد الزوجان أن يستأنفا حياتهما الزوجية جاز ذلك . أما التفريق بسبب اللعان فحتى على القول بأنه يجوز لهما العودة الى زوجيتهما فأنه لا بد من أن يكذب الرجل نفسه وأن يقيم الحاكم عليه الحد .

٣) لو كذب الملاعن نفسه بعد أن تم اللعان وقبل وقوع الفرقة أي قبل أن يفرق الحاكم بينهما ، على مذهبهم . لوجب حد القذف على الرجل ولا يفرق القاضي بينهما .

وقد قال بهذا الرأي أبو يوسف أيضاً مع أنه من القائلين بالتحريم المؤبد .

وعلى هذا فاذا اكذب الرجل نفسه بعد تفريق الحاكم فيجب الا يختلف الحكم في الحالين لأنه طالما أن تكذيب الزوج نفسه قبل التفريق كان سبباً لزوال حكم اللعان فيجب أن يكون كذلك الحكم فيما لو كذب نفسه بعد التفريق .

وفي رأينا :

ان مما يؤيد حجة القائلين بالحرمة المؤقتة ان التحريم لا يكون الا بنص جاء في القرآن الكريم ولا شيء في ذلك ، وما ورد في السنة يمكن تأويله لأنه يحتمل عدة معان ، ومع الاحتمال لايصح بالاستدلال. ولكننا نرى أنهليسمن السهل أن تعود حياة زوجية يملؤها الصفاء والمودة بعد أن عكر صفوها تهم باطلة وادعاءات كاذبة تحيل نعيم الاسرة الى جحيم لا يطاق .

٣ ــ نفي الولد

اما الاثر الثالث : فهو نفي الولد :

قلنا إن القذف إما أن يكون بتهمة الزنا أو لنفي الولد وقد بحثنا الموضوع الأول اما نفي الولد :

إذا رجعنا إلى القرآن الكريم وآيات سورة النور التي جاء فيها حكم القذف واللعان لا نجد فيها ما يشير إلى حكم نفي الولد ، ولكن الفقهاء استدلوا على ذلك من السنة الكريمة وقضاء الرسول عليه السلام .

ولهذا قال الجصاص : ليس في كتاب الله عز وجل ذكر نفي الولد إلا أنه قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم نفي الولد باللعان إذا قذفها بنفي الولد .

وقد روى البخاري ومسلم حديث عن ابن عمر : أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله وانتفى من ولدها ففرق رسول الله بينهما وألحق الولد بالمرأة .

واختلف الفقهاء في الزمن الذي يحق للزوج فيه أن ينفي الولد وسبب الخلاف أنه لم يرد في ذلك قرآن ولا سنة . ولكن من المتفق عليه أن سكوت الرجل مدة من الزمان يعتبر رضا بالولد واقراراً به وبعد اقراره به واعترافه ببنوته لا يصح له الانكار ولا النفي[1] .

* * *

(١) واحكام نفي الولد ليست من موضوع بحثنا انما ذكرنا كلمة عنها باعتبارها أثر من آثار اللعان ومن أصول هذا البحث ١) حديث رسول الله : الولد للفراش وللعاهر الحجر . ٢) والقاعدة الفقهية أن الولد لا ينتفي بتصادق الزوجين بل لا بد من لعان وحكم . التاج المذهب ٢٦٦/٢ . راجع زاد المعاد ٩١/٤ .

المبحث الثاني
الطلاق للزنا لدى بعض الامم القديمة والشرائع السابقة

الفرع الاول
الطلاق للزنا عند اليونان

كان للرجل سلطة مطلقة على زوجته لدى اليونان ـــ كما ذكرنا ـــ وخاصة في العصر القديم حيث كان الزوج يشتري زوجته بالمال ومن ملك شيئاً بالمال استبد به ولهذا كان الزواج قاسياً على الزوجة بحيث لا تستطيع مهما اقترف زوجها في حقها من ذنوب واثام أن تطلب الطلاق .

والرجل كان يملك حق الطلاق بدون أي قيد ، اللهم الا فوات المبلغ الضخم من المال الذي دفعه لزوجته حين عقد الزواج الذي تم بالشراء .

غير ان هناك بعض الحالات كان الزوج يستطيع أن يطلق زوجته دون أن يتكبد ما دفعه من مال وذلك كما لو زنت الزوجة فالرجل يطلقها ويسترد منها ما دفعه لها لأنها اخلت بالغرض المقصود من النكاح وهو انجاب ذرية شرعية .

ولما جاء العصر الكلاسيكي خف الطلاق نسبياً بعد زوال طريق الشراء كسبب موجب لعقد الزواج ولكن بقيت الاسباب هي هي التي تبيح للزوج أن يطلق ويسترد المال ومن هذه الحالات الزنا[1] .

والشيء الجديد في العصر الكلاسيكي ان الزوجة اكتسبت بعض الحقوق فأصبح بمقدورها أن تطلب الطلاق من القاضي اذا أسرف الزوج في حياة اللهو والدعارة . وقياساً على هذا نستطيع القول ان الزوجة في هذا العهد كانت تملك طلب الطلاق اذا ما ارتكب زوجها جريمة الزنا .

---

(١) المرأة عند قدماء اليونان ص ١٣٠ .

الفرع الثاني

الطلاق للزنا عند الرومان

كان العرف الروماني يعطي الزوج حق توقيع عقوبة الموت على زوجته اذا زنت ، وكان حق العقوبة خاصاً بالزوج ثم انتقل الى مجلس عائلي يضم أفراد الاسرتين ، حتى أصدر الامبراطور أوغسطس قانون جوليا الخاص بالخيانة الزوجية ، فانتقل هذا الحق الى الدولة حيث أصبحت هي التي تتولى عقاب الزوجة الزانية وأعطى هذا القانون للزوج حق الطلاق وهو حق خاص به الا في حالة الزنا فقد ألزمه بالطلاق الزاماً لا خيار له فيه .

وفي عصر قسطنطين جعلت عقوبة الموت جزاء على من يثبت زناها ، وسلب من الزوج حق العفو عن جريمة زوجته . ثم جاء ستينيان فاستبدل بعقوبة الموت عقوبة الجلد والنفي وأعطى الزوج حق العفو عن زوجته .

أما زنا الزوج فيختلف عن زنا الزوجة ومع هذا فلم يخلو الأمر من عقاب الزوج اذا ما أخل باالالتزام الزوجي وارتكب جريمة الزنا . والعقوبة كانت عبارة عن حرمان الزوج من اتهام الزوجة اذا ما زنت في المستقبل . هذا في العصر الكلاسيكي .

أما في عصر الامبراطورية السفلى فقد شرع قانون يفقد بموجبه كل زوج خان زوجته فارتكب جريمة الزنا الحق في جميع الاموال التي وهبها لزوجته والتي كان من حقه أن يستردها .

وهكذا يلاحظ التفرقة الواضحة بين زنا الزوج وزنا الزوجة ، فزنا الزوج لا يترتب عليه أكثر من أنه يفقد حق اتهام زوجته فيما اذا زنت وبعض حقوق مالية أخرى ، أما زنا الزوجة فيلزم الزوج الزاماً بطلاقها لا خيار له فيه[1] .

---

(١) المرأة عند الرومان ص ٢١٤ .

كما ان القانون الروماني منع زواج الزانية بعد طلاقها من أي شخص آخر عقوبة لها على فعلها الشنيع الذي ارتكبته وخانت به زوجها .فقد أصدر الامبراطور جوستينيان ٥٥٦ مرسوماً يقضي ببطلان زواج الزانية من شريكها بالزنا .

وقد تأثرت بهذه الشريعة البيزنطية : فقد جاء في قواعد باسيليوس (٩ و ٢١) ، أنه يجب على الرجل أن يطلق امرأته اذا زنت ــ أما الرجل فتجب عليه التوبة .

وقد نص في القاعدة (٣٩) ان زواج الزانية المطلقة يعتبر باطلاً مع أي شخص آخر بعد طلاقها من زوجها الاول[1] ، ولو تم هذا الزواج بعد توبة الزوجة .

* * *

(٢) الأحوال الشخصية لغير المسلمين شفيق شحاته ص ٤٧ .

الفرع الثالث

الطلاق للزنا لدى اليهود

طائفة الربانيين

الطلاق مباح للرجل لدى اليهود ، فله أن يطلق زوجته لدى طائفة الربانيين متى شاء ويدفع لها حقوقها المقررة لها بموجب عقد الزواج والعرف السائد .

الا أن هناك بعض الحالات يجوز للزوج أن يطلق زوجته دون أي التزام مالي ، وقد عدد قانون الاحوال الشخصية لليهود هذه الحالات ومنها حالة الزنا .

فاذا رأى الزوج زوجته تزني أو علم من أحد ذلك حرمت عليه ووجب الطلاق ولا خيار له في الأمر لان الزانية لا يجوز أن تكون زوجة شرعية .

اما اذا ثبت أن الزنا كان اغتصاباً ورغماً عن ارادة الزوجة فلا تحرم على زوجها ولها حقوقها الكاملة فان شاء طلق وأدى لها ما يترتب على الطلاق من الحقوق والا فهي زوجته .

وكذلك اذا اتهم الرجل زوجته وجاءت تنفي ذلك فانها تحلف على أنها لم تزن وان ما اتهمها به زوجها باطل وبذلك ترفع التهمة الملصقة بها[1] .

جاء في المادة ١٦٨ من قانون الاحوال الشخصية للربانيين :

---

(١) ولا يقتصر طلب الطلاق على الزنا بل اذا ساء سلوك الزوجة فللزوج أن يطلق زوجته ففي حكم لحاخامخانة الاسكندرية : اذا كان سلوك الزوجة لم يكن مما يخفف حدة الشكوك التي تساور رأي الزوج حول امانتها بل على العكس كانت تسلك كل السبل لتدعيم الشكوى فتحكم المحكمة بايقاع الطلاق لخطأ من الزوجة في حق زوجها . تاريخ الحكم ١٩٥٣/١٢/٢١ – راجع صالح حنفي ص ٢٥٤ أحمد رفعت خفاجي ٦٦ .

اذا ثبت شرعاً زنا المرأة حرمت على زوجها وكلف بطلاقها بلا حقوق .

المادة ١٨٤ :

اذا كان الزنا اغتصاباً شرعاً فلا تحرم الزوجة ولا تسقط حقوقها .

المادة ١٨٦ :

اذا نظر الرجل امرأته تزني أوعلم من ثقة أو اعتقد زناها حرمت عليه ووجب الطلاق ولا حقوق لها الا اذا حلفت .

أما اذا زنا الزوج فهل للزوجة أن تطلب الطلاق ؟ ..

اذا ارتكب الزوج جريمة الزنا فهل يحق لزوجته أن تطلب الطلاق لطالما انها لا تملك أن تطلق نفسها ام ان حق الطلاق بسبب الزنا خاص للرجل دون المرأة ؟ ..

قال الربانيون :

اذا ارتكب الزوج الزنا مرة واحدة فلا يحق للزوجة أن تطلب الطلاق ، اما اذا تكرر الزنا وأصر على فعله فيحق لها أن تطلب الطلاق أي اذا اعتاد الزوج على جريمة الزنـــا فالقانون يعطي الزوجة حق الطلاق لا للزنا مرة واحدة بل لاعتياد الزنا أكثر من مرة .

جاء في المادة ٢١٦ :

اذا اعتاد الرجل الزنا أو اعتاد ضرب زوجته أو اطعامها غير الحلال جاز إجابة طلبها الى الطلاق .

طائفة القرائين

وأما طائفة القرائين فلا تبيح للزوج الطلاق متى أراد دون قيود كما تذهب الطائفة الاخرى بل تشترط بعض القيود وان كانت أقرب الى الديانيه منها الى حكم القضاء .

وفيما يتعلق بالزنا قالوا لا يجوز للزوج أن يتزوج زانية .

وعللوا ذلك: بأن الزانية من الصعب أن تتوب عن عملها وعادتها فكأن الزواج لها لا فائدة منه اذ سوف يطلقها حينما تزني والطلاق واجب على الزوج اذا زنت زوجته فكأنها لم تتزوج .

أما اذا زنت الزوجة فقد ميزت طائفة القرائين بين حالات ثلاث :

١ ــ أما ان يبلغه من أحد أقاربه أو اصدقائه ان امرأته ارتكبت جريمة الزنا ، وشهد شاهد واحد منهم على ذلك كان هذا سبباً للتحريم والطلاق لازم على الزوج .

فاذا انكرت أمام الكاهن ما نسب اليها[١] ، وحلفت اليمين على ذلك فلا تسقط حقوقها الزوجية بل على الزوج أن يدفع لها المتفق عليه حين عقد الزواج .

أما اذا شهد شاهدان على زناها فتسقط جميع حقوقها وتحرم على زوجها .

٢ ــ أما اذا كان الزنا غصباً واكراهاً بحيث لم يكن للزوجة فيه الخيار قالوا يجب على الزوج أن يطلقها وتأخذ حينئذ ما في حوزتها من الجهاز .

---

(١) جاء في شعار الخضر لليهود القرائين ص ١٢١ .
كان الرجل يأتي بامرأته الى الكاهن اذا ارتاب من أمرها فيسقيها الكاهن ماء الشطط أي مجاوزة الحد حد العفة فاما ان تشرب واما ان تأبى فإذا أبت كان هذا ثبوتاً للتهمة ، وإذا شربت ولم يصبها شيء دل هذا على نزاهتها والا انتفخ بطنها وسقط فخذها .

٣ ـ والحالة الثالثة التي يجبر فيها الزوج على طلاق زوجته وتسقط حقوقها هو ما لو اعتادت الزوجة اللهو والفجور وتعريض نفسها للزنا والابتذال في الشوارع والطرقـات بدون علم زوجها او اذا وجدها مع شخص آخر اجنبي عليها[١] ـ .

* * *

(١) على أنه يلاحظ أن تقدير هذه الأشياء أمر نسبي يختلف حسب الظروف والبيئات وقد قضت محكمة النقض المصرية بالنسبة الى طائفة القرائين ان تقدير سوء سلوك الزوجة وابتذالها مرجعه الى محكمة الموضوع – نقض رقم ١٥ سنة ٢٥ من احوال شخصية في ١٩٥٧/١/١٠ .

الفرع الرابع

الطلاق للزنا في المسيحية

أجمعت الشريعة المسيحية بمختلف مذاهبها على استنكار جريمة الزنا متأثـــرة بذلك بتعاليم الانجيل كتشريع سماوي وبالقانون الروماني كقانون وضعي .

ولا خلاف بين المذاهب المسيحية في ان زنا احد الزوجين سبب موجب للتفرقة فمن أباح الطلاق اعتبره سبباً للفرقة بين الزوجين ومن لم يبح الفرقة قال بالانفصال الجسماني .

ومن الجدير بالذكر ان هذه النظرة لم تقتصر على من ارتكبها اثناء الحياة الزوجية بل شملت من زنا وأراد أن يتزوج ، وكذلك من طلق الزنا وأراد أن يعود الى زوجته .

كما ان الشريعة المسيحية زيادة منها في استنكار هذه الجريمة فقد اعتبرت مقدماتها من اغواء وسوء سلوك وانحراف ، جريمة تبيح للطرف الاخر أن يطلب الطلاق ممـــن ارتكبها .

وسوف نذكر نصوص الانجيل ومواد القانون بمختلف المذاهب المسيحية في هذا الموضوع وما ذهب اليه الشراح في شروحهم ورجال القضاء في تطبيقهم العملي لهـــذه النصوص ، ثم أخيراً أبين رأيي بالتفريق للزنا بين الزوجين في الشريعة المسيحية .

نصوص الانجيل

جاء في انجيل متى الاصحاح ٥ العدد ٣٢ : من طلق امرأته الا لعلة الزنا فقد جعلها زانية .

وجاء أيضاً في انجيل متى الاصحاح ١٥ العدد ٩ : من طلق امرأته الا لعلة زنا وأخذ أخرى فقد زنا .

هذا ما جاء في الانجيل بما يتعلق زنا الزوجة ولهذا فان المذاهب المسيحية أخذت هذه النصوص وفسرتها بالطلاق ما عدا الكاثوليك الذين اعتبروا الطلاق هو الانفصال الجسماني حيث ينفصل الزوج عن زوجته بموجب حكم من الهيئة المختصة اذا ما ثبت زنا شريكه الآخر ويعيش الزوجان كل منهما بمعزل عن الآخر لا يستطيع ان يتزوج ولا يجوز له أن يطلق(١) .

* * *

قوانين المسيحية في الطلاق للزنا

وأول قانون لدى المسيحية أباح الطلاق يرجع الى القرن الثالث للميلاد . فقد جاء في القانون السابع والأربعين من قوانين الملوك :

وأي رجل عرفه الناس بأن زوجته قد زنت ولم يعلم بذلك يقيناً وأراد أن يعرف حقيقة أمرها فليقدمها الى الحاكم في كنيسة الله ويوقفها قدام المذبح ويعطى لها كـأس

(١) جاء في كتاب الاحوال الشخصية لنمر وحبشي صـ ٣٢٩ « وتعرف ايضاً بكأس الباهتة وهو ان يأخذ الكاهن وعاء من الفخار به ماء كيبريتيا وتراباً من المذبح ويستحلف الزوجة عما اذا كان زنا بها رجل غريب فإن انكرت اعطاها هذا الماء لتشربه فإن كانت كاذبة ينتفخ جسمها وتصبح آية لمن يراها وان كانت بريئة لا يصيبها ضرر ما ويذهب الله ما في قلب زوجها من الغيرة » .

الامتحان[1] .

وجاء في المجموع الصفوي[2] :

ان الزيجة تفسخ في حالة الزنا اذا ثبت وقوعه من المرأة وفي استمرار وقوعه من الرجل خلاف .

وذكر ابن كير في مخطوطه ، مصباح الظلمة لايضاح الخدمة[3] :

ان الزيجة تفسخ اذا وقع الزنا من المرأة وفي الاستمرار مع زنا الرجل خلاف .

وجاء في الخلاصة القانونية[4] .

م ٧٦ : اذا زنت المرأة بعد زواجها واطلع زوجها على أمرها وأثبت ذلك لـــدى الرئيس الشرعي تفرق سنه ..

ونلاحظ على هذه النصوص والملاحظات التالية :

١) انها استعملت لفظ الفسخ في كل من المجموع الصفوي ومصباح الظلمة .

٢) انها حصرت حق طلب الفسخ بالزوج أما الزوجة ففي الأمر خلاف اذا ما استمر الزوج على ارتكاب الزنا ويفهم منه ان ارتكاب الزوج الزنا مرة واحدة لا خلاف في أنه لا يعتبر جريمة يبيح للزوجة طلب التفرقة لاجلها[5] .

---

(١) هذا تمشياً من نظام الكنيسة الكاثوليكية في أن الزواج متى تم فهو علاقة دائمة غير قابلة للانحلال إلا بالموت

– يقول الاستاذ حلمي بطرس في كتابه الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٢٤٢ : –

أثار قول المسيح في انجيل متى ، من تزوج بزانية فقد زنا بها « مشكلة دقيقة في القانون الكنسي هي حكم زواج الزاني بشريكه اهو صحيح ام باطل ولكل كنيسة رأي في الموضوع » .

(٢) المجموع الصفوي الباب ٣٤ الفصل ٦ طبعة ١٩٣٢ .

(٣) مخطوط مصباح الظلمة لايضاح الخدمة ص ٤٤٥ .

(٤) الخلاصة القانونية ص ٣٧ في السبب الثالث طبعة ١٩٣٣ .

(٥) جاء في المجموع الصفوي : يجب التشديد في زنا المرأة اكثر من زنا الرجل لأنه من كبار مقاصد الناموس دفع الاضرار الواقعة للناس بعضهم من بعض والرجل في اكثر الأمر تبلغ به الغيرة الى ان يقتل امرأته او الذي زنا بها . اما المرأة واقاربها فلا يفعلون بالرجل ، كذلك النسل فانما يتيقن ويحتفظ من جهة المرأة فإذا افسد فسد الميراث والحقوق الأبوية . الباب ٢٤ فصل ٦ .

٣) ان نص الخلاصة صريح في أن وقوع الزنا بعد الزواج . أما النصين الاولين فليس فيهما هذا الوضوح .

ثم جاءت التقنينات الجديدة لطائفة الاقباط الارثوذكس في قانوني ١٩٣٨ و ١٩٥٥ فنصت على ذلك م ٤٠ من قانون ١٩٣٨ ف ١ :

يجوز الطلاق في حالة زنا أحد الزوجين .

م ٤٨ من قانون ١٩٥٥ : يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعلة الزنا .

ويلاحظ في هذه المجموعات انها لم تفرق زنا الزوج عن زنا الزوجة وعبرت بالفرقة بلفظ الطلاق بدلا عن الفسخ .

وأما الطائفة الانجيلية فهي وان كانت متفرعة عن الطائفة الكاثوليكية الا انها أباحت لأحد الزوجين طلب الطلاق في حالة الزنا على أن يكون ذلك بعد الزواج لا قبله[1] .

ونص المادة ١٨ ، اذا زنا أحد الزوجين وطلب الطلاق الزوج الآخر .

وكذلك نصت المادة ٣٨ من قواعد الارمن الارثوذكس :

« زنى أحد الزوجين يبيح للآخر طلب الطلاق .

أما الكنيسة الكاثوليكية فقد أجازت الانفصال الجسماني في حال ارتكاب أحد الزوجين جريمة الزنا بناء على حكم يصدر من الكنيسة[2] .

الزنا قبل الزواج

أما اذا ارتكبت الزوجة الزنا قبل الزواج فللزوج أيضاً حق الفراق كما جاء في نصوص ابن لقلق[3]«من تقول على زوجته عند اجتماعه بها انه لم يجدها عذراء فان ثبت

---

(١) راجع نص المادة ١٨ من قانون الطائفة الانجيلية البروتستانت .

(٢) المادة ٦٥ من قانون الكاثوليك حيث نص : لا يستطيع ان يعقد زواجاً صحيحاً : ١) من اقترف مع صاحبه زنا وكان مرتبطاً بزواج صحيح واحد وتواعد الفريقان بالزواج أو حاولا الزواج نفسه ولو باجراء مدني ٢) من اقترف مع صاحبه زنا وكان مرتبطاً بزواج صحيح واحد وقتل احدهما زوجه .

(٣) قوانين الانباكيرلس الشهير بابن لقلق .

كذبه عوقب وبقيت له زوجه شاء أو أبى . وان أثبت صدقه فرق بينهما وأخـذ جهازها[1] .

ويقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه الاحوال الشخصية لغير المسلمين[2] .

ولو زنت المرأة قبل زواجها ، فوجدها الزوج حين زواجها ثيباً فقذفها بتهمة الزنا تطلق منه ، ولا تستطيع أن تتزوج بآخر . ولكن يلزم لذلك أن يكون قوله الذي قذفها به حقاً ولم يجدها عذراء ولا لوالديها بينة .

فالزنا وحده لا يقوم به المانع في هذه الصورة ، ولكن يلزم الى ذلك ان يكون قد قذفها به الزوج وثبتت صحة التهمة بأن كانت ثيباً وليس لوالديها ما يدحض التهمة . فالعبرة هنا بالقذف[3] .

معنى الزنا الموجب لطلب الطلاق

هذا ما يتعلق بزنا أحد الزوجين وما جاء به من نصوص ومواد قانونية في مختلـف المذاهب المسيحية . وقد قلنا آنفاً ان القوانين اعتبرت مقدمات الزنا كسوء السلـوك والانحلال الخلقي سبباً من الأسباب التي تجعل لاحد الزوجين طلب الطلاق وهذه الحالات تسمى بالفقه المسيحي بالزنا الحكمي بينما يسمون الحالات التي يثبت فيها الوقاع بين الطرفين بالزنا الحقيقي .

وسبب عدم هذه التفرقة بين الحالتين ان الزنا في القوانين الكنسية يختلف عن الزنا في

---

(١) نمر وحبشي ص ٣٣٣.

(٢) الاحوال الشخصية للدكتور شفيق شحاته ٥/٥٩ .

(٣) هذا النص مأخوذ من المجموع الصفوي ص ٢٤٦ وفي رأيي أن عبارات ابن العسال في القذف وعدم البينة على اثبات الزنا عبارات لم نجدها لدى الاقدمين من فقهاء الكنيسة ولعل ابن العسال لوجوده في مصر قد تأثر بالتشريع الاسلامي في كثير من عباراته وتقنيناته في كتابه المشار اليه . بل وجدت نصاً لدى الروم الارثوذكس يعطي الزوجة حق طلب طلاقها من زوجها اذا اتهمها بالزنا وعجز عن اثبات ذلك – راجع نمر حبشي ٣٣٨ وهذا النص هو مشابه لنظام اللعان في الشريعة الاسلامية حيث يتهم الزوج زوجته بالزنا ويعجز عن الاثبات .

القانون الجنائي ، فالزنا في نظر القانون الجنائي هو الوطء غير المشروع اذا ارتكبته الزوجة وهي تعلم ان من يجامعها غير زوجها ، وزنا الزوج يجب أن يكون كذلك وفي منزل الزوجية .

أما الزنا في القوانين الكنسية فلا يصل الى درجة الوطء بل يعتبر متوافراً اذا وجدت صلات غير مشروعة بين الزوجة وشخص اجنبي عليها سواء كانت هذه الافعال في دور التحضير أم دخلت دور التنفيذ وذلك حرصاً على الرابطة الزوجية .

وجاء في الخلاصة القانونية في الاسباب المبيحة للتطليق .

السبب الخامس م ٧٩ : وكذلك اذا تمادت المرأة على اجراء ما يستلزم إفساد عفتها كما اذا سكرت او دخلت الملاهي مع رجال أجانب أو ترددت الى أماكن اللهو بدون اذن الرجل اوما يجري مجرى ذلك مما يشين عرضها ويعرضها لخطر الفساد ولم تنته ولم تثبت واستمرت بعد نصحها وتوبيخها وردعها من الرئيس ثلاث مرات مواظبة على قباحتها يكون ذلك موجباً لفراقها من الرجل بفسخ زيجتها(١) .

ولكن الاستاذ بقطر حبشي يعلق في كتابه على هذه الأسباب التي أوردها ابن العسال ونقلها عنه في الخلاصة بقوله : ان الامثلة التي أوردها ابن العسال في أواخر القرن الثاني عشر وان كانت تتفق مع العصر الذي قيلت فيه فالواجب مراعاة العصر الحاضر(٢) .

وكأن الاستاذ المؤلف يريد أن يقول أن هذه الأسباب لم تعد تصلح للتفرقة بين الزوجين لان الحياة التي نعيشها تختلف عن عصر ابن العسال ، ولكني أقول قبل أن أبدي

---

(١) الخلاصة القانونية ص ٣٨

(٢) نمروحبشي ٣٧٧ وقريب من هذا ما ذهب اليه الدكتور احمد خفاجي في كتابه قضاء الأحوال الشخصية ص ٦ حيث يقول ان الأخلاق شيء والقانون شيء آخر . ولكننا لا نقر ما ذهبا إليه فالأخلاق لدى أمة هي مجموعة الأعراف لديها من تقاليد وعادات وهذه من مصادر القانون حيث لا نص فيه على ذلك .

رأيي في هذا الموضوع ان تقنين الاقباط الارثوذكس لعام ١٩٣٨ نص في مادتـه ٥٦ ما يلي :

اذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسدت اخلاقه وانغمس في حمأة الرذيلة ولم يجد في اصلاحه وتوبيخ الرئيس الديني ونصائحه جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق .

فهذا نص صريح لقانون حديث وضعه رجال الطائفة المسيحية نصوا فيه على سوء السلوك باعتباره سبباً يجيز لأحد الزوجين طلب الطلاق .

أما قانون ١٩٥٥ فقد جاء خالياً من هذا النص ومع هذا يمكن اعتبار النص في القانون السابق غير منسوخ لان حكمه لا يتنافى مع ما جاء في القانون الجديد .

قال الدكتور اهاب اسماعيل[١] . « وعلى الرغم من عدم ورود مثل هذا النص في مشروع ١٩٥٥ الا ان هذا لا ينفي الاعتداد بالزنا الحكمي وبسوء السلوك لان مشروع سنة ١٩٥٥ أباح التطليق للزنا الذي يشمل الزنا الحكمي كما يشمل الزنا الحقيقي » .

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[٢] .

الزنا بمعناه الاعم يشمل الحالات التي تواضع رجال الفقه الديني على تسميتها بالزنا الحقيقي وهي اتصال جنسي محرم بين أحد الزوجين وشخص غريب عن العقد ، كما يشمل حالات أخرى اطلق عليها حاله الزنا الحكمي وهي التي لا يصل الوضع فيها الى الحالة السابقة وانما تكون سبيلاً الى الظن بأنها تؤدي اليه لأنها تفسد الظن وتؤدي به الى الاعتقاد بوقوع الزنا الحقيقي . ومثالها أن تتواجد الزوجة في محلات الفجور واللهو أو المواخـير أو تواجدها في بيت لا يفرق فيه على عفتها .

وهكذا نستطيع أن نضيف الى سبب الزنا الحقيقي سبباً آخر هو الزنا الحكمي بموجبه يستطيع أحد الزوجين طلب الطلاق .

واذا رجعنا الى مختلف النصوص والاجتهادات التي بين أيدينا نرى أنه يجب أن يتوافر في الزنا الحكمي ثلاثة شروط :

١) أن يسوء سلوك أحد الزوجين وتفسد أخلاقه وينغمس في حمأة الرذيلة .
٢) أن يعتاد هذا السلوك المنحرف .
٣) أن ينصحه رجل الدين قبل الفرقة .

---

(١) اهاب اسماعيل ١١٤ .
(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٠/٦/٩٥٦ راجع صالح حنفي ص ٣٠٧ – وراجع رفعت خفاجي ص ٥٨ .

وتبعاً لاختلاف رجال الفقه في اعتبار سوء السلوك سبباً للطلاق فقد اختلف الاجتهاد القضائي .

فقد قضت محكمة الاستئناف الاسكندرية[١] : بأنه لا طلاق الا للزنا .

وقالت : ان احكام الشريعة المسيحية مدونة في الانجيل المقدس وهي وحدها : واجبة التطبيق وقد حرم فيها الطلاق تحريماً بتاتاً الا لعلة الزنا والمحكمة وقد نيط بتطبيق أحكام هذه الشريعة لا تحكم بالطلاق لأسباب لا تمت لعلة الزنا بصلة ...

ولكن هذه المحكمة نفسها رجعت عن حكمها بحكم آخر[٢] .

سوء المعاشرة واستحكام النفور بين الزوجين والفرقة بينهما لهذا السبب لمدة تزيد على الثلاث سنوات من الاسباب التي تبيح الطلاق عند الاقباط الارثوذكس .

وفي حكم لاستئناف القاهرة[٣] .

قالت فيه : « تجيز المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس الذي أقره المجلس الملي العام ١٩٣٨ ، التطليق اذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر واخل واجباته نحوه اخلالا جسيما مما أدى الى استحكام النفور بينهما وانتهى الامر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية » .

وهكذا نجد خلافاً لمن أراد أن يقيد هذه النصوص أو يلغيها حسب تطور الزمن والمفهوم الجديد للحياة التي نعيشها ، فللزوج أن يطلب الطلاق اذا أساءت زوجته سلوكها حسب ما جاء في النصوص السابقة كما ان النص في قانون ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس في مادته ٥٧ لا يزال ساري المفعول وان لم ينص عليه قانون ١٩٥٥ .

---

(١) محكمة استئناف الاسكندرية ١٩٥٦/٦/٥ .
(٢) محكمة استئناف الاسكندرية ١٩٥٦/١١/٢٢ .
(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٦/١٢/٥ .

هل حق طلب الطلاق الزامي بالنسبة للزوج الاخر ؟

اذا ارتكب أحد الزوجين جريمة الزنا أو ساء سلوكه فهل للطرف الثاني الخيار في السكوت أو أن له حق مطالبة القضاء بالطلاق ؟ أم أنه يلزم على رفع الأمر للقاضي للتفريق بينهما ؟..

من مجموعة النصوص التي أطلعت عليها في الشريعة المسيحية ظهر لي أنه لا يجوز للزوج السكوت على زنا زوجته كما لا يجوز للزوجة أن تسكت عن زنا زوجها لان الزوجين جسد واحد فاذا ما فسد جزء منه فسد الاخر وبالزنا يفسد كلا الجسدين فلا يصح السكوت .

جاء في رسالة بولس الرسول الى العبرانيين الاصحاح ١٣ العدد ٤ :

ليكن الزواج مكرماً في كل شيء والمضجع طاهراً فان الزناة والفساق سيدينهم الله.

وفي رسالة بولس الرسول الاولى الاصحاح : العدد ٩ .

وفي رسالة بولس الاولى الى أهل كورنتس الاصحاح ٦ و١٦ و ١٨ :

من اقترن بزانية يصير معها جسداً واحداً ... اهربوا من الزنا فان كل خطيئة يفعلها الانسان هي في خارج الجسد . أما الزاني فانه يحرم الى جسده .

وفي رسالة بولس الاولى الى أهل كورنتس الاصحاح ٦ العدد ١٣ .

اما الجسد فليس لاجل الزنا بل لاجل الرب .

هذه نصوص صريحة في عدم جواز مخالطة الزناة فالواجب على أي من الزوجين اطلع على خيانة صاحبه الا يسكت لأنه يكون مخالطاً للزاني ومخالطة هؤلاء لا تجوز شرعاً .

ولكن قد يقال ان هذه النصوص اوامر شرعية ليس لها ما يؤيدها من القوانين التي وضعها رجال الكنيسة فلنرجع الى نصوص القوانين فنجد في الخلاصة القانونية :

السبب الثالث المادة ٧٦ : اذا زنت المرأة بعد زواجها واطلع رجلها على أمرها وأثبت ذلك لدى الرئيس الشرعي تفرق منه .

ويقول شارح الخلاصة[١] : اذا ثبت الزنا وشكا الزوج من امرأته فسخت الزيجة . أما اذا أراد معاشرتها قصداً في عدم وقوعها في هوة الفساد متى تابت توبة نصوحه فلا تطلق منه ولكن اذا وجب طلاقها لانها ستكون سبباً في جلب أضرار كثيرة .

وجاء في القانون الثالث عشر من مجموعة قوانين القديس باسيليوس الكبير :

« اذا كان زنا الزوجة بعلم زوجها ولم يشأ أن ينفصل عنها بل قبل معاشرتها رغم استمرارها على خطيئتها ، وجب اخراجه من الكنيسة لانه يعتبر مشتركا في أثر الزنا[٢] .

* * *

وبعد فهذه نصوص ومتون ومواد في الديانة المسيحية تشير بوضوح الى الزام الزوج أو الزوجة اذا ما زنا أحدهما أن يطالب بالطلاق واذا ما تأخر كان آثماً ويطرد من الكنيسة لان في سكوته اعتراف ومشاركة بزنا صاحبه .

وقد رأينا أن صاحب الخلاصة القانونية ذهب الى أن الزنا المشتهر يعتبر سبباً للفسخ بين الزوجين بعد الدخول كما يعتبر سبباً مبطلاً ان حصل قبل الدخول .

ننتقل بعد هذا الى معرفة : هل اذا طلب أحد الزوجين الطلاق من القاضي يجيبه الى طلبه ام لا ؟ ..

---

(١) جرجس فيلوتاؤس عوض ص ٣٧ بل ان فيلوتاوس يذكر في المادة ٤٦ « زنا المرأة المشتهر المحقق ، من الأسباب التي تمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله» يقول في ص ٢٤ .
واما الأسباب الاخرى فتمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله وهي ثلاثة : — عدم النصرانية ، وزنا المرأة المشتهر المحقق ، والارتباط بشكل الرهينة .
ويقول الدكتور شحاته ص ٥٧ تعليقاً على هذا النص : « وهو يستند في ذلك الى قوانين ابن لقلق والى ما جاء بمجموع ابن العسال . فهذا النص صريح لا يوجب مطالبة الزوج بمفارقة زوجته الزانية بل أن العقد ينفسخ اذا اشتهر زنا الزوجة » .
(٢) نمر وحبشي ص ٣٣٨ .

هل الزنا سبب ملزم للقاضي بالتفريق

اذا ارتكب أحد الزوجين جريمة الزنا وتقدم الطرف الاخر للقاضي يطلب الطلاق وأثبت الواقعة في المحكمة او كان لديه حكم قضائي بادانة صاحبه بهذه الجريمة فهل القاضي ملزم بالفصل بين الزوجين وا صدار حكم الطلاق ام ان له السلطة التقديرية فله أن يطلق و له أن لا يطلق .

يقول الاستاذان نمر وحبشي في كتاب الاحوال الشخصية لغير المسلمين (١) : ان الزنا ليس سبباً الزامياً بمعنى أن للقاضي كامل سلطته التقديرية في الحكم به فله أن يفحص مدى خطورة الواقعة المنسوبة لاحد الزوجين على العلاقة مكيفاً الخطأ الذي وقع ، للوصول الى مدى تبريره وله الحق في تلمس عذر الزوج الزاني ...

ولكني أرى أن القاضي ملزم بالحكم بالطلاق اذا ما ثبتت واقعة الز نا من أحد الزوجين واعتمد في هذا على عدة اعتبارات فقد سبق وذكرت النصوص التي تحرم السكوت عن الزنا فكيف اذا لم يحكم القاضي بالتفريق يستمر الزوج بمعاشرة زوجته .

هذا فضلاً عن المصدر التاريخي لقوانين الاحوال الشخصية للطائفة المسيحية سواء ما اعتبرنا منها القانون الروماني أو القانون الفرنسي وقد أجمع الفقه والقضاء في فرنسا على اعتبار جريمة الزنا من الأسباب الملز مة للقاضي بالحكم بالتفريق(٢) .

ولهذا فاني لا أوافق على ما ذهب اليه الاستاذ نمر في كتابه من ان الزنا سبب اختياري وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالطلاق أو عدمه ، بل أنه سبب الزامي متى تحقق من وقوعه فيجب عليه التفريق بين الزوجين .

---

(١) نمر وحبشي ص ٣٢٤ .

(٢) يقول الدكتور الشرقاوي ص ٣٦ : ان الفقه مجمع منذ وقت طويل على تقسيم اسباب الطلاق (في فرنسا) الى نوعين اسباب الزامية ، واسباب اختيارية ، ومن الاسباب الالزامية الزنا .

ويعجبني ما ذهب اليه الدكتور اهاب اسماعيل حيث فرق بين الزنا الحقيقي والزنا الحكمي فاعتبر الاول سبباً الزامياً للقاضي ، والثاني سبباً اختيارياً نظراً لما للثاني من مرونة تخضع للتقدير يقول : « ونعتقد أن التفرقة بين الزنا الحقيقي وجعله سبباً الزامياً والزنا الحكمي وجعله سبباً اختيارياً هي تفرقة منطقية تقوم على أن الاول لن يختلف اثنان في أضراره بالحياة الزوجية طالما أنه يقوم على الوطء الذي لا يقره مجتمع معين أو بيئة خاصة .

أما ما دون ذلك من الافعال فقد تختلف نظرة المجتمع اليه من مكان الى مكان فوجب ترك الأمر لتقدير القاضي لمعرفة مدى تأثير الفعل على الزوجية من خلال ظروف البيئة وأحوال الزوجين[1]) .

رأي لنا للطلاق في الزنا

يبدو لي ان القوانين والشرائع التي تحصر حق طلب الطلاق بزنا أحد الزوجين تفتح باباً للزنا في حين أنها تحسب انها تسد الابواب في وجه الزنا .

ان هذا الحق يبدو حسناً جداً فيما لو أعطى للزوجين الحق في الطلاق بارادتهما المنفردة ثم جعل هذا الحق استثنائياً وذلك تخلصاً من بعض الالتزامات المالية مثلاً .

أما وان يجعل هذا الحق حق الطلاق مقصوراً على الزنا وما شابه ذلك ففي هذا تجربة خطيرة للحياة الزوجية التي لا يملك أحد الزوجين انفصالها الا عن هذا الطريق .

ولتفصيل ذلك أقول :

لو فشلت الحياة الزوجية وتبين لاحد الزوجين استحالة استمرارها بعد أن ظن كل واحد منهما أن يجد في الآخر ما كان يرجوه ، وكثيراً ما تفشل تجارب الانسان في هذه الحياة ، فالطبائع قد تختلف والاخلاق قد لا تتلاءم مع بعضها ، بل قد يكون هناك ما هو أدهى وأمر من أمور مادية في أحد الزوجين يصعب التعبير عنها ويكفي القول أن الزوجين

---

(١) الطلاق لدى الارثوذكس اهاب اسماعيل ص ١١٩ .

اذا لم تعد الحياة متلائمة بحيث يمكن الاستمرار فيها لأمور قد تكون نفسية وقد تكون اجتماعية ، وقد تكون جسمية ، كل هذا يجعل أحد الزوجين يتضجر من حياته ويسعى للتهرب منها سواء أكان عن طريق شرعي أو آخر غير شرعي .

في هذه الحالة بالذات لا يجد الزوج أمامه الا قول الشارع : من زنا فقد وجب على زوجه أن يطلب التفريق . فقد يتردد قليلا ولكنه يقدم على الزنا غير مختار في سبيل حياة أفضل يرتكب جريمة واحدة لينقذ نفسه من حياة كلها جرائم . ان الحياة الزوجية اذا كان النفور والكراهية تملأ أركانها هي في رأي الشارع والقوانين جريمة ، لأن فيها اخلالا بالالتزامات الزوجية .

وقد يرد على ملاحظتنا هذه :

١) ليس كل فرد يقدم على الزنا لخطورة هذه الجريمة .
٢) أن القانون وراء الزاني حيث يعاقبه .
٣) لو ثبت الزنا فيبقى حق طلب الطلاق للطرف الآخر .
٤) لو طلب الطرف الآخر التطليق فللقاضي حق الاجابة او الرفض .

* * *

وجوابنا على ذلك :

١) بالنسبة للأمر الأول صحيح أنه ليس كل انسان يقدم على الزنا ولكن هذا في الوضع الطبيعي حيث يكون الانسان فيه غير مضطر ، أما الزوج أو الفرد الذي يعيش الجحيم في بيته مع من لا يحب فهذا لا خيار له اذا ما ارتكب جريمة الزنا لأنه يختار أهون الشرين : فإما حياة دائمة لا أمل في اصلاحها لان الحقد والكراهية تزيد القلب نفورا وبعدا ، وإما جريمة زنا مرة واحدة وبعدها حياة توبة واستغفار تملأها ندامة القلب وحسن المآب .

ان الشرائع جميعها تقول ان للضرورات أحكامها . ونحن بين أمرين بين حياة تملؤها المعاصي لأن عدم تأدية الحقوق الزوجية وما للطرف الآخر من واجبات هي معصية. وخاصة والمسيحية تقول : لتخضع النساء لازواجهن كما للرب ، وبين ارتكاب جريمة

قد تكون صورية في موضوعها جريمة في شكلها فالعبرة لمرتكب هذه الجريمة انها وسيلة انقاذ لا تحقيق شهوة .

٢) ثم أي قانون هو الذي يخشاه أحد الزوجين اذا ما ارتكب جريمة الزنا ؟ .... ان القوانين المعاصرة تمتهن كرامة الانسان الى حد تجعل فيه جريمة الزنا أخف الجرائم عقوبة ، من السهل جداً على أي فرد أن يقدم على ذلك وهو مطمئن البال مستريح الضمير فالعقوبة يسيرة والأمر هين . وغدا تتفتح أمامه الحياة المليئة بالخير والسعادة والهناء .

٣) قد يقال أنه لو ارتكب أحد الزوجين جريمة الزنا ليتخلص من الزوجية فان هذا الأمر مقيد بطلب الزوج الاخر فاذا أراد أن يفوت عليه مقصوده فعل ولم يطلب الطلاق ؟

وللجواب على هذا من ناحيتين :

١ ــ أولاهما : لا أتصور أن زوجة ترى عشيقة داخل بيتها أو أن زوجاً يرى عشيقاً مع زوجته ويسكت رضاء بالأمر الواقع ان هذا نادر واذا وجد فلا قياس على الشاذين في هذه الحياة .

٢ ــ وثانيهما : لقد اثبتت بالنصوص الصريحة أن السكوت على جريمة الزنا لا يجوز لأحد الزوجين التغاضي عنها ، وقلت إن الواجب يقتضي طلب التفريق بل أن بعض النصوص تعتبر الزنا سبباً للفسخ . ومن سكت فقد طرد من الكنيسة .

٤) وأما بالنسبة للقاضي فهو أمر الزامي كما رجحنا وأثبتنا ذلك ولنا في الاجتهاد القضائي الفرنسي والعرف هناك لأكبر دليل على قولنا بأن هذه مادة التفريق للزنا تعتبر الزنا سبباً الزامياً للقاضي بحكم التفريق دون أن يكون له سلطة تقديرية .

وعلى هذا فلم يبق أمام أحد الزوجين الا أن يرتكب جريمة الزنا وتقام دعوى تسجل فيها هذه الجريمة بحكم قضائي وبموجب ذلك يعتبر هذا الحكم بمثابة قرينة قانونية يحكم بها القاضي حين ما تطلب الزوجة أو الزوج الطلاق .

* * *

المبحث الثالث

الطلاق للزنا في القوانين الاجنبية[1]

ذكر القانون الايطالي أسباب التفريق الجسماني ومنها الزنا :

ايطاليا م ١٥١ : زنا أحد الزوجين .

اليونان م ١٤٣٩ : يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق بسبب زنا الزوج الاخر أو زواجه مرة ثانية . ولا تقبل دعوى الزوج الذي حصل الزنا أو الزواج الثاني برضائه .

انكلترا م ١ : من قانون ١٩٥٠ حددت أسباب الطلاق ومنها الزنا ولا فرق بين زنا الرجل وزنا المرأة .

والطلاق للزنا أول ما طبق في انكلترا كان عام ١٨٥٧ حيث صدر أول قانون يبيح طلب الطلاق للزنا وهو السبب الوحيد لأنه ورد في انجيل متى حيث كان الشعور سائدا بعدم مخالفة تعاليم المسيحية ولكن انكلترا وهي تدين بالبروتستانت وهذا المذهب يجيز الطلاق للزنا .

---

(١) لا يوجد تشريع لا يقر الزنا كسبب للطلاق إلا الدول التي تحرم الطلاق ومنها إيطاليا : م ١٣٧ سويسرا : ولا فرق بين زنا الزوج او الزوجة فكلاهما في درجة واحدة من الخطورة من حيث أثره في انهاء الزواج . ومع ذلك فمن الناحية الجنائية توجد هذه التفرقة في اليونان وفرنسا فقرة ١٠٨٦ .

يوغوسلافيا م ٥٧ : يحق لاحد الزوجين طلب الطلاق بسبب زنا الزوج الآخر .

بلجيكا م ٢٢٩ : زنا الزوجة ٢٣٠ وزنا الزوج في منزل الزوجية .

تركيا م ١٢٩ : يجوز لكل من الزوجين ان يرفع طلباً بالطلاق بسبب الزنا ولا تسمع الدعوى اذا صفح احدهما عن الآخر .

المانيا م ٤٢ : من قانون سنة ١٩٤٦ ف ٢ نص القانون الالماني على حق أحد الزوجين بطلب الطلاق اذا ما ارتكب شريكه جريمة الزنا وقد ذكرت المادة ٤٢ بأن الزوج لا يستطيع أن يطلب الطلاق بسبب زنا زوجته اذا وافق عليه أو سهل ارتكابه أو جعله ممكناً بسلوكه المقصود .

التطليق للزنا في القانون الفرنسي :

ان الزنا يعد اخلالا بواجب الاخلاص الزوجي الذي يلتزم به الزوجان بمجرد عقد الزواج فاذا ارتكب أحدهما جريمة الزنا كان للطرف الاخر الحق في طلب التطليق من القاضي .

والزنا من الأسباب الملزمة للقاضي بالتفريق فليس له حق التقدير في تأثير ذلك على الزواج بل كل ما يفعله القاضي أن يتأكد من وقوع الزنا أو عدم وقوعه .

على أن جريمة الزنا ولو تمت لا تعتبر سبباً للطلاق اذا كان ذلك بموافقة الزوج الاخر ، لان مناط التفريق هو الاخلال بالارتباط الزوجي لا لمخالفة القانون فلو تم زنا أحد الزوجين بمعرفة الاخر أو بتحريضه لا يكون سبباً للتفريق .

وقد نص على ذلك في القانون الفرنسي في مادتين ٢٢٩ و ٢٣٠ .

م ٢٢٩ : يجوز للزوج أن يطلب الطلاق لسبب زنا زوجته .

م ٢٣٠ : يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق لسبب زنا زوجها .

* * *

الاجتهاد القضائي

« الزنا سبب قاطع للطلاق فليس للقاضي في هذا الشأن أية سلطة تقديرية ولا يجوز له على الاخص أن يقيم وزنا لدعوى عدم وجود قصد جنائي ولا لحسن النية او الخطأ القانوني من الزوج المدعى عليه[1] .

وان زنا الزوج كزنا الزوجة كلاهما سبب قاطع للطلاق ومن ثم ليس للقاضي أية سلطة تقديرية في هذا الشأن بل عليه أن يحكم بالطلاق بمجرد ثبوت الزنا [2] :

أما زنا الزوج في حالة اختلال قواه العقلية فلا يكون سبباً للطلاق أو الفرقة [3] :

وقد توسع القضاء أكثر من ذلك فاعتبر الشروع في الزنا أو قيام صداقة بين الزوج وشخص آخر (من جنس مختلف) من أسباب الطلاق لأنها تعد اخلالا بالتزام الاخلاص الزوجي[4] .

* * *

---

(١) دالوز ١٩٣٧ — ١ — ١٥ .
(٢) مرجع القضاء ص ١٤١ .
(٣) محكمة كان ٣١ ديسمبر ١٨٨٩ .
(٤) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٢٩٠ للدكتور الشرقاوي .

مقارنة بين الشريعة الاسلامية وبقية الشرائع والقوانين

قلنا ان نظام اللعان في الإسلام شرعه الله للزوج الذي يتهم زوجته ويعجز عن اثبات جريمة الزنا فيحلف أربعة ايمان على ذلك وترد الزوجة التهمة بأيمان مثلها .

إن في هذا النظام لمحات من العناية الإلهية لهذه الأسرة المنكوبة بهذه التهمة لترفع عنها نظرة المجتمع القاسية وسخط الأجيال المقبلة .

كان من السهل جداً أن تعتبر ايمان الزوج بمثابة شهادة على ارتكاب الزوجة ما اتهمها به وتعاقب كزانية ولكن للإسلام حكمة تشريعية خالدة في هذا النظام يريد أن يحفظ لهذه الأسرة وما فيها من أولاد السمعة الطيبة .

فالإسلام حريص على بناء الأسرة لأنها النواة الأولى في بناء المجتمع فشرع هذا النظام ليتخلص الزوج من زوجته ومن الأعباء المالية فأعطى للزوجة حق الدفاع فلا يستطيع شخص أن يتهمها بالزنا لأنها رفعت الشبهة عن نفسها بايمانها حينما نفت هذه التهمة وعلى أقل تقدير فان جريمة الزنا لم تثبت ولو قضاء وأمام الناس .

أما في الشرائع الأخرى فلا تفريق إلا بعد ثبوت جريمة الزنا ثبوتاً كاملا لا ريب فيه، بعد أن يصدر حكم أمام المحكمة تدين به الزاني وتثبت الوقائع المادية أن أحد الزوجين ارتكب الزنا فيفرق القاضي بينهما .

إنه العار الذي حاول الإسلام تخفيف وطأته بل رفع اثمه عن الزوجين بقدر المستطاع حفظاً للأسرة وللأولاد في المستقبل .

وأخيراً أسوقها كلمة صريحة لمن يحارب نظام الطلاق في الإسلام رعاية للأولاد وخشية أن تملأ الشوارع من المشردين كأن الطلاق مدرسة للمشردين يتخرج منها ألوف الأطفال في كل يوم . كلمة صريحة لهؤلاء ان خيراً للمجتمع وللأسرة وللأولاد أن يفتح باب الطلاق كما جاء في الإسلام ، ويقال للأولاد أولاد المطلقين ، من أن يغلق باب الطلاق وتفتح أبواب الزنا ، ويقال للأولاد أولاد الزناة ...

الفصل الثاني

الظهار في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

كان الظهار قبل الاسلام فرقة من فرق الزواج لدى العرب بل كان أقسى أنواع الفرق وأشدها ضرراً بالمرأة فكان الرجل اذا كره امرأته ولم يرد ان تتزوج بغيره ظاهر منها فتصبح لا ذات زوج ولا خليه تنكح غيره[1] .

فلما جاء الاسلام تمشياً مع مبادئه العامة في رفع الظلم عن الناس وتوخياً لمصلحة المرأة ودفع الضرر عنها أبقى أصل الظهار ، ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مذيل للنكاح .

جاء في البدائع[2]

(كان الظهار طلاق القوم في الجاهلية فنقله الشرع من تحريم المحل الى تحريم الفعل، فكانت حرمة الفعل في المظاهر منها مع بقاء النكاح ، كحرمة الفعل في المطلقة بعد زوال النكاح .)

---

(١) نهاية المحتاج ٦/١٦٥ ، الخرشي ٣/٣٤١ .
(٢) البدائع ٣/٢٣٤ .

المبحث الاول

تعريف الظهار ومصدره وصفته الشرعية

تعريف الظهار :

لغة : الظهار لغة هو مصدر ظاهر يقال : ظاهر زيد عمرا اذا قابل ظهره بظهره حقيقة .

وشرعاً : هو أن يقول الزوج لزوجته أنت علي كظهر أمي [1] .

قال صاحب الفتح [2] : الظهار : هو تشبيه الزوجة أو جزءاً منها سائغ أو معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التأييد ولو برضاع أو صهريه .

وقال في الانصاف [3] : الظهار : هو أن يشبه امرأته او عضوا منها بظهر من تحرم عليه من التأبيد أو بعضو منها من نسب أو رضاع .

وعرفة ابن عرفه[4] : الظهار : تشبيه زوج زوجته حل وطؤه اياها بمحرم منه أو بظهر اجنبية في تمتعه بهما .

وقال صاحب التاج المذهب[5] : لفظ مخصوص يوجب تحريم الاستمتاع والنظر بشهوة ، ويرتفع بالكفارة وما في حكمها .

وعرفه في شرح النيل[6] .

---

(١) مختصر المزني ١٢٠/٤ .
(٢) الفتح القدير ٢٢٥/٣ .
(٣) الانصاف ١٣٩/٩ .
(٤) شرح الخرشي ٢٤٢/٣ .
(٥) التاج المذهب ٢٤٣/٢ .
(٦) النيل ٣٩٤/٣ .

الظهار : هو تشبيه المسلم المكلف من تحل له أو جزءها بظهر محرم أو جزء آخر وان بصهر أو رضاع .

وقال النسفي في الكنز [1] : الظهار : هو تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على التأبيد :

وعرفة فضيلة الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله : الظهار تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريماً مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة [2] .

مصدر الظهار — القرآن والسنة :

قال الله تعالى في سورة المجادلة [3] :

الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ، ان أمهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، وأن الله لغفور رحيم . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك ليؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم [4] .

وعن ابن عباس [5] : ان رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله اني

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٢ .

(٢) الاحوال الشخصية أحمد إبراهيم ص ٣٤١ .

(٣) سورة المجادلة من ١ — ٣ .

(٤) سبب النزول : روى المفسرون ان أول ظهار في الإسلام كان ظهار أوس بن الصامت من امرأته خولة بنت تعلبة ، فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقالت : إنه أكل شبابي وفرشت له بطني فلما كبر سني ظاهر مني ولي صبية صغار إن ضممتهم اليه ضاعوا وإن ضممتهم إلي جاعوا وكان عليه السلام يقول لها : اتقي الله فإنه ابن عمك ؛ فما برحت حتى نزل قوله تعالى: قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما ، إلى آخر سورة المجادلة .

راجع تفسير القاسمي ٥١٠٩/١٦ فتح الباري ١٣/٩٨ النيل ٣٩٤/٣ المذاهب الخمسة ص ١٩٥ الخرشي ٢٤١/٣ بداية المجتهد ٦٣/٢ الزيلعي ٣/٣ .

(٥) المحلى ٥٥/١٠ وقال ابن حزم : فوجب الوقوف على أمره .

ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر . فقال رسول الله : « لا تقربها حتى تفعل ما أمر الله عز وجل » .

* * *

حكم الظهار او صفته الشرعية :

حرم الاسلام الظهار لأنه منكر من القول ولان فيه اضراراً بالمرأة المظاهر منها حيث تصبح لا هي زوجة ولا هي مطلقة ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام .

قال في نهاية المحتاج[1] : .. وهو حرام بل كبيرة لان فيه اقداماً على احالة حكم الله وتبديله . ولذا سماه الله تعالى منكرا من القول وزورا في أول سورة المجادلة .

وقال السبكي : أنه من الكبائر .

وقال السيوطي في الاكليل[2] : في هذه الآية حكم الظهار وأنه على الكبائر .

وقال في النيل[3] : حكم الظهار أنه كبيرة من الكبائر لان الله تعالى و صف مطلق الظهار بأنه منكر وزور .

* * *

---

(١) نهاية المحتاج ١٦٥/٦ .

(٢) نقل هذا الكلام العلامة القاسمي في تفسيره ٥٧٠٩/١٦ .

(٣) النيل ٣٩٤/٣ .

المبحث الثاني

اركان الظهار

لا بد في كل ظهار من أربعة أركان : ١ ــ مظاهر
٢ ــ مظاهر منها
٣ ــ صيغة
٤ ــ مشبه به .

١ ــ مظاهر :

ويصح الظهار من كل زوج مكلف يصح طلاقه . واختلفوا في فاقد القصد اختلافهم في طلاقه .

فلا يصح ظهار الصبي والمجنون والمغمى عليه والمكره عند الشافعية[١] : والزيدية[٢] والاباضية[٣] والجعفرية[٤] والاحناف[٥] وعند الحنابلة يصح ظهار الصبي على الاصح[٦] .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٥٢ .
(٢) التاج المذهب ٢/٢٤٣ وقالوا : لا يصح من المكره ما لم ينوه .
(٣) شرح النيل ٣/٣٩٤ .
(٤) المختصر النافع ٢٢٩ وقال في الروضة البهية ٢/١٧٢ ولا يقع إلا بالبلوغ والعقل وجاء في من لا يحضره الفقيه ٣٤٤ : ولا ظهار في غضب ومثل ذلك جاء في الاستبصار ٣/٢٥٨ الكافي ٢/١٢٧ .
(٥) البدائع ٣/٢٣٠ وجاء فيه لصحة الظهار : الا يكون معتوهاً ولا مدهوشاً ولا مغمى عليه . البدائع ٣/٣١ .
(٦) المغني ٨/٥٥٤ الشرح الكبير ٨/٥٦٥ الانصاف ٩/١٩٧ وقال : ويصح ظهار الصبي حيث صححنا طلاقه . قال في عيون المسائل : سوى الامام أحمد بينه وبين الطلاق وقال في القواعد الاصولية : اكثر الاصحاب على صحة ظهاره .

وأما العاجز عن الوطء : فعند المالكية قولان :

قال ابن القاسم يصح ظهاره وهو مذهب الشافعي والجعفرية والزيدية .

وقال اصبغ وسحنون : لا يصح ظهاره .

وأما ظهار السكران : فالذين أجازوا طلاقه أجازوا ظهاره .

فلا يصح ظهاره عند الزيدية ولا عند المزنى من الشافعية خلافاً للامام الشافعي فانه أجاز ظهاره[1] .

* * *

(١) مختصر المزني ١١٦/٤ .

هل يصح ظهار المرأة

اذا قالت المرأة لزوجها انت علي كظهر أمي هل يعتبر هذا ظهاراً ؟

قال ابو يوسف : يصح ظهارها ويجب عليه كفارة الظهار .

وقال محمد : لا يصح من المرأة ظهار الرجل .

وقال الحسن بن زياد : لما بلغه قول الامامين : هما شيخا الفقه اخطآ عليهما كفارة اليمين اذا وطئها زوجها[1] . فعلى مذهب الحسن يلزمها كفارة يمين فكأنها قالت لزوجها : والله لا جامعتني .

والاصل في الخلاف :

اختلافهم في حقيقة الظهار هل هو كالطلاق أو كاليمين فمن جعله كالطلاق قال لا يصح ولا يلزم به شيء . وبه قال مالك والشافعي .

ومن جعله كاليمين أوجب عليها كفارة الظهار ومنهم من أوجب عليها كفارة يمين .

والخلاصة في ظهار المرأة ثلاثة آراء :

١) أشهرها أنه لا يكون منها ظهار مالك والشافعي والزيدية والحنابلة[2]

٢) على الزوجة كفارة يمين . رأي الحسن .

٣) يصح الظهار وعليها كفارة ظهار رأي ابني يوسف والاباضية[3] : على الاشهر .

---

(١) البدائع .

(٢) بداية المجتهد ١٦/٢ التاج المذهب ٢٤٢/٢ الانصاف ٢٠٠/٩ وان قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي ، لم تكن مظاهرة وعليها بعده كفارة ظهار ، وعليها التمكين قبل التكفير .

(٣) جاء في النيل ٣٩٩/٣ في باب الظهار : وظهار المرأة ان تشبه زوجها بمن لا يحل لها من الرجال ... كأن تقول أنت كأبي او كالمشركين والحاصل : انها كالرجل فيمن يمكن خلافاً ووفاقاً وجاء في ص ٤٠١/٣ : او قالت هو كأمها او بنتها او غيرها من النساء التي لا يحللن لها لو كن رجالا او من النساء اللاتي يحللن لو كن رجالا فهو ظهار . وقيل يمين .

وجاء في المحلى[1] : وعن الزهري في امرأة قالت لزوجها : هو عليها كأبيها فقال الزهري : قالت منكرا من القول وزوراً فنرى أن تكفر بعتق رقبة أو بصوم شهرين متتابعين أو تطعم ستين مسكيناً ولا يحول بينها وبين زوجها ان يطأها . وهو قول الاوزاعي وحسن البصري والحسن بن زياد اللؤلوي .

* * *

٢ ـ مظاهر منها :

ويقع الظهار على كل زوجة يصح طلاقها[2] وبذلك يصح الظهار من الصغيرة والمريضة والرتقاء والذمية ، قبل الدخول أو بعده .

وأما المطلقة رجعياً فالذي أجاز الطلاق في العدة قال يصح ظهار الرجل من امرأته المطلقة رجعياً ما دامت في العدة . وأما الذين قالوا إن الطلاق لا يتبع الطلاق فقالوا لا يصح الظهار على المرأة المطلقة رجعياً[3] .

وقد اشترط الجعفرية أن تكون طاهراً من الحيض فقالوا :

يشترط كونها طاهراً من الحيض والنفاس وغير حامل وأن لا يكون قد قربها في ذلك الطهر[4] .

وجاء في كتب الحديث الصحاح عند الجعفرية [5] :

عن أبي جعفر عليه السلام : لا يكون ظهار الا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين .

---

(١) المحلى ١٠/٥٤ .

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٥٢ المحلى ١٠/٥٥ الخرشي ٣/٢٤٢ الروض النضير ٤/١٨١ .

(٣) التاج المذهب ٢/٢٤٣ قال ولا يصح مظاهرة المطلقة رجعياً والمفسوخة ، ومن قال ان الطلاق يتبع الطلاق صحح ظهار المعتدة من الرجعي .

أقول الجمهور من الزيدية على ان الطلاق لا يتبع الطلاق .

(٤) الروضة البهية ٢/١٧١ المختصر النافع ٢٢٩ ، المذاهب الخمسة ١٩٥ .

(٥) الكافي ٢/١٢٧ الاستبصار ٣/٣٥٨ . من لا يحضره الفقيه ٣٤٥ .

٣ ـ صيغة الظهار :

الظهار أما أن يكون بلفظ صريح أو بلفظ كناية ..

وعلى هذا فالظهار : صريح وكناية .

فالصريح كأن يقول الرجل لزوجته أنت عليّ كظهر أمي .

والكناية : اذا قال لها أنت علي كأمي .

والفرق بين الصريح والكناية في الحكم أن الكناية لا يقع الا بالنية ويصدق لدى القضاء أنه ما أراد بهذا اللفظ معنى الظهار من حيث التحريم بل أراد مثلاً بقوله أنت علي كأمي بالكرامة أو الشفقة أو المحبة .

ولا خلاف بين الفقهاء[١] : في لفظ الصريح وأنه يلزم حكمه ولو لم ينو شيئاً لان الصريح لا يحتاج الى نيه ، انما اختلفوا في ألفاظ الكناية فبعضهم يعتبر لفظاً ما أنه كناية وبعضهم يعده صريحاً .

قال الاحناف في مجمع الانهر[٢] : اللفظ الصريح : أنت علي كظهر أمي أي لا يحتمل غير الظهار سواء نواه ام نوى طلاقاً أو ايلاء او لم ينو فلا يكون الظهار لأنه صريح .

أما لو قال لها أنت علي مثل أمي : فان نوى الكرامة صدق وان نوى الظهار فظهار أو نوى الطلاق فطلاق .

وقال الشافعية في مغنى المحتاج[٣] :

صريحة : ان يقول لزوجته انت علي او مني أو معي او عندي كظهر امي ، أو انت كظهر امي .

---

(١) قال ابن حزم ٤٩/١٠ : ومن قال لامرأته أنت علي كظهر أمي او قال لها : انت مني بظهر امي او مثل ظهر امي فلا شيء عليه ، ولا يحرم بذلك وطؤها عليه حتى يكرر القول بذلك مرة أخرى فاذا قالها مرة ثانية وجبت عليه كفارة الظهار .

(٢) مجمع الأنهر ٤٥٦/١ والدر المختار ٥٩٢/٢ .

(٣) مغني المحتاج ٣٥٣/٣ .

وكناية : كما لو قال لها : أنت كأمي : فان قصد الظهار كان ظهاراً والا فلا كما لو قصد كرامة .

وقال الحنابلة ان قال : انت علي كأمي او مثل أمي كان مظاهراً على الصحيح من المذهب .

وعن احمد ليس بظهار .

وقال صاحب الانصاف[1] : والذي يصح عندي في قياس المذهب : ان وجدت نية أو قرينة تدل على الظهار فهو ظهار والا فلا .

أما ان قال : اردت كأمي في الكرامة أو نحوه جاز لك ديانة وأما قضاء فروايتان .

وقال الزيدية[2] : صريحة : قول زوج مكلف ظاهرتك أو انت مظاهرة .

وكناية : أنت علي كأمي .

وقال المالكية[3] : اذ قال لها انت علي كظهر أمي وأراد به الطلاق وجاء مستفتياً فانه لا ينصرف اليه ويلزمه الظهار .

أما الكناية فانه اذا نوى بها الطلاق لزمه الطلاق في الفتيا والقضاء .

وقال الاباضية[4] : وان قال هي كأمه أو مثلها وقال : اردت محبة او براً وشفقة وكل الى دينه وان لم يقل أرادت كذا حكم عليه بالظهار الا أن ظهرت قرينه تدل على أنه أراد غير الظهار .

الاشهاد :

اشترط الجعفرية الاشهاد في الظهار والا كان لاغياً .

---

(١) الانصاف راجع فتاوي ابن تيمية ١٣٥/٤ .
(٢) التاج المذهب ٢٤٣/٢ .
(٣) شرح الخرشي ٢٤٥/٤ .
(٤) شرح النيل ٣٩٥/٣ .

جاء في الروضة البهية[1] : ولا بد من حضور شاهدين يسمعان الصيغة ، كالطلاق ، فلو ظاهر ولم يسمعه الشاهدان وقع لاغياً .

وجاء في الاستبصار[2] في حديث لابي جعفر ووجدته أيضاً في الكافي[3] وفي من لا يحضره الفقيه[4] من حديث طويل : لاظهار الا بشهادة شاهدين مسلمين .

* * *

٤ ـ المشبه به

المشبه به هو ظهر الا م . فلا خلاف بين الفقهاء في أن من أشبه امرأته بظهر أمه كان مظاهراً . ولكن الخلاف فيما لو شبهها بغير ذلك سواء بعضو من أمه غير ظهرها أو شبهها بغير أمه .

قال الظاهرية لا يكون ظهاراً الا بلفظ الظهر والام .

وقال الجمهور : يكون الظهار بكل عضو يحرم النظر اليه .

وقال ابن حزم[5] : ولا يجب الظهار الا بظهر الام لا بغيره من الاعضاء .

ولا يجب الظهار من غير الام لا من أب ولا من أخت ، لقوله تعالى :

الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ...

وقوله والذين يظاهرون من نسائهم ..

قال الشافعية في مغنى المحتاج [6] والمذهب : اطراد التشبيه في كل محرم من نسب أو رضاع أو مصاهرة لمساواتهن الام في التحريم المؤبد .

---

(١) الروضة البهية ٢/١٧٢ .
(٢) الاستبصار ٣/٢٥٨ .
(٣) الكافي ٣/١٢٧ .
(٤) من لا يحضره الفقيه ص ٣٤٥ .
(٥) المحلى ١٠/٤٩ .
(٦) مغني المحتاج ٣/٣٥٠ .

واليه ذهب الحنابلة على الصحيح من المذهب[1] والجعفرية على الاشهر[2] والاحناف[3] والاباضية[4] : والمالكية[5] : والزيدية[6] .

والقول الثاني عند الشافعية المنع لو ورد النص في الام فقط .

ويشترط في المشبه به حرمة التأييد فلو شبه زوجته باختها فلا ظهار لانها لا تشبه الام ، في التحريم المؤبد فان حرمة أخت الزوجة مؤقتة وتزول بزوال زوجته اختها فاذا ما طلق اختها فله أن يتزوجها .

قال بهذا الشافعية والاحناف[7] والجعفرية[8] والاباضية[9] :

وخالف مالك : قال في بداية المجتهد : واما لو شبه زوجته بأجنبية لا تحرم عليه على التأييد فانه ظهار عند مالك . وقام ابن الماجشون : لاظهار .

* * *

---

(١) الانصاف ١٩٣/٩ لو قال لزوجته انت علي كظهر ابي فعلى روايتين : احدهما : هو ظهار وهو المذهب جزم به في الوجيز وقدمه في المحرر . والثانية : ليس بظهار : اختاره ابن حامد وابو الخطاب والشيرازي والانصاف ١٩٥/٩ .

(٢) الروضة البهية ١٦٩/٢ وقال : على ان يكون بلفظ الظهر لا غيره .

(٣) مجمع الانهر ٤٥٤/١ والزيلعي ٢/٣ .

(٤) النيل ٣٩٤/٣ .

(٥) بداية المجتهد ٦٣/٢ .

(٦) الروض النضير .

(٧) قال في البدائع ٢٣٣/٣ .

(٨) المختصر النافع ص ٢٢٩ .

(٩) قال في النيل ٣٩٤/٣ : لو قال لزوجته انت علي كظهر المشركات يريد الحقيقة والاستغراق فهو ظهار لأن حقيقة المشركة لا تحل ابداً . اما ان اراد مشركة بعينها فلا ظهار لانها قد تؤمن فتحل له .

المبحث الثالث

آثار الظهار ـ حرمة الاستمتاع حتى التكفير

١) حرمة الاستمتاع

متى ظاهر الرجل من امرأته حرم عليه وطؤها حتى يكفر كما جاء في القرآن[١] .

والحكمة في تلك الكفارة كما يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة[٢] :

هو منع العبث بالعلاقة الزوجية ، ومنع ظلم المرأة ، فان الذين يصنعون ذلك يقصدون به الكيد لها .

هل يحرم ما عدا الوطء على المظاهر :

الجمهور[٣] : على أنه يحرم على الزوج اذا ظاهر من زوجته الوطء ومقدماته من تقبيل ولمس ونظر بشهوة حتى يكفر .

---

(١) قال الحنابلة : اذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة – المغني ٥١٩/٨ الانصاف ١٩٥/٩ اقول : وهذا لا خلاف فيه .

(٢) الأحوال الشخصية قسم الزواج ص ٣٤٠

(٣) شرح الخرشي ٢٤٨/٣ ، البدائع ٢٣٥/٣ وجاء في التاج المذهب ٢٤٨/٢ ويحرم بالظهار الوطء ومقدماته من تقبيل ولمس ونظر بشهوة منه اليها لا منها اليه فلا يحرم عليها حتى يكفر او ينقضي وقت المؤقت فان كان الظهار مطلقاً حتى يكفر وان كان مؤقتاً حتى ينقضي الوقت وجاء في المحلى ٩/١٠ : ولا يحل له ان يطأها ولا أن يمسها بشيء من بدنه فضلا عن الوطء إلا حتى يكفر .

ولم يخالف في مقدمات الوطء الا رواية عن احمد[1] ورواية عن الجعفرية[2] .

وقد نقل ابن رشد في بداية المجتهد[3] ، قال الشافعي : انما يحرم الظهار الوطء فقط . وأورد له حججاً لا علم له بها ولكني وجدت ان مذهب الشافعي كالجمهور في تحريم الوطء ومقدماته .

جاء في مغنى المحتاج[4] : وكذا يحرم عليه المس ونحوها كالقبلة بشهوة لان ذلك قد يدعو الى الوطء أو يقضي عليه .

* * *

دور الزوجة في الظهار

شكوى الزوجة في الظهار :

بما ان الظهار يحرم على الرجل أن يطأ امرأته فيجب على الزوجة أن تمكنه من نفسها قبل أن يكفر والا كانت تشاركه في معصية الله .

فاذا امتنع الزوج المظاهر عن التكفير وضجرت الزوجة بذلك فلها ان ترفع الأمر للقاضي والقاضي يطالبه بالتكفير والعودة الى زوجته او يأمره بالطلاق رفعاً للظلم .

قال الاحناف في مجمع الانهر[5] : وينبغي لها ان تمنع نفسها منه الى أن يكفر وتطالبه بالكفارة . وسيجبره القاضي عليها بالحبس ثم بالضرب ان أبى دفعاً للضرر عنها .

---

(١) ذكر في المغني روايتان عن أحمد ٥٦٧/٨ الرواية الاولى اختارها ابو بكر والثانية : قال أحمد أرجو ألا يكون به بأس . الإنصاف ٢٠٤/٩ .

(٢) في الروضة البهية ١٧٢/٢ : أن غير الوطء من ضروب الاستمتاع لا يحرم عليه وهو أحد القولين.

(٣) بداية المجتهد ٦٥/٢ .

(٤) مغنى المحتاج ٣٥٧/٣ .

(٥) مجمع الأنهر ٤٥٤/١ والبدائع ٢٣٤/٣ وقال في تنوير الابصار ٥٩٢/٢ وعليها ان تمنعه من الاستمتاع حتى يكفر وعلى القاضي الزامه به .

وقال الخرشي[1] : وعلى الزوجة منعه لأنه إعانة على معصية فان خشيت منه على نفسها رفعت أمرها للحاكم فيمنعه من وطئها ويؤدبه ان أراد ذلك .

وقال الجعفرية في الروضة البهية[2] : ولو ماطل بالعود او التكفير رافعته الى الحاكم فينظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة حتى يكفر ويفيء أي يرجع عن الظهار مقدماً للرجعة على الكفارة ، أو يطلق ويجبره على ذلك بعد المدة .

فان لم يختر أحدهما ضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يختار أحدهما ولا يجبره على أحدهما عيناً ، ولا يطلق عنه كما لا يعترضه لو صبرت .

وقال الزيدية في التاج المذهب[3] : واذا وقع الظهار على الزوجة كان لها طلب رفع التحريم عند الحاكم. فيحبس الزوج ان امتنع عن التكفير ان لم يطلب فان طلقها فلا حبس ولا كفارة .

هل يجوز الوطء قبل التكفير

الوطء قبل التكفير : قلنا أنه لا يجوز للمظاهر أن يطأ زوجته حتى يكفر ، ولكن لو خالف ذلك ووطأ زوجته فما هو الحكم في هذه الحالة ؟ .

قالوا : اذا وطأ قبل التكفير اثم فلا تسقط عنه الكفارة ويجب عليه أن يمتنع حتى يكفر . قال الحنابلة[4] : اذا وطيء قبل التكفير اثم واستقرت عليه الكفارة .

وقال الجعفرية[5] : ولو وطيء قبل التكفير عامداً فكفارتان ، احداهما للـوطء ، واخرى للظهار وهي الواجبة بالعزم . فان وطىء المظاهرة قبل العود والتكفير ... كف عن ذلك واثم ولزمه الاستغفار .

---

(١) الخرشي ٣/٢٤٨ .
(٢) الروضة البهية ٢/١٧٤ راجع المختصر النافع ص ٢٢٩ .
(٣) التاج المذهب ٢/٢٤٨ .
(٤) المغني ٨/٥٧٢ الانصاف ٩/٢٠ .
(٥) الروضة البهية ٢/١٧٢ .

وقال الزيدية[1]: ولا يجوز له الاستمرار على الوطء حتى يكفر بعد العودة ولا تلزمه الكفارة لهذا الوطء ولا يكون عوداً .

وقال الاحناف [2] : فلو وطأ المظاهر قبل التكفير فليس عليه غير الاستغفار للوطء الحرام والكفارة الاولى الواجبة بالظهار . ولا يعود لوطئها ثانية حتى يكفر .

وقال سعيد بن جبير تجب عليه كفارتان .

وقال ابراهيم النخعي ثلاث كفارات [3] .

متى يكون التكفير : قال الفقهاء لا تجب الكفارة دون العود لقوله تعالى : « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » وهو نص في معنى الوجوب .

ولكنهم اختلفوا في المراد بالعود هل هو الامساك أم العزم على الوطء أم هو الوطء نفسه ؟..

قال الجمهور ان العود : هو العزم على الوطء .

قال بذلك الاحناف والجعفرية[4] والزيدية[5] والرواية الصحيحة عند مالك [6] ،

وقال أحمد[7] : العود هو نفس الوطء وقد أنكر على مالك فيما ذهب اليه مع الجمهور أن العود هو العزم على الوطء .

---

(١) التاج المذهب ٢٤٨/٢ .
(٢) مجمع الأنهر ٤٥٤/١ .
(٣) الزيلعي٣/٣ وحجة من قال لا تلزمه الا كفارة واحدة ما روى عن مسلم بن حمزة حين واقع امرأته قبل ان يكفر فقال له النبي عليه السلام : استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر رواه ابو داود وابن ماجه والنسائي والترمذي .
(٤) الروضة البهية ١٧٢/٢ . وجاء في كتب الحديث لدى الجعفرية في حديث طويل: الذي يكفر قبل ان يواقع هو الذي يقول أنت علي كظهر أمي . الحديث في التهذيب ٢٥٣/٢ وايضاً في الاستبصار ٦٠/٣ .
(٥) التاج المذهب ٢٤٩/٢ .
(٦) بداية ٦٨/٢ .
(٧) المغني ٥٧١/٨ .

ومن الغريب ان نجد ابن رشد ينقل رأي احمد خلاف ما ذهب اليه فيقول ان مذهب احمد تفسير العود : بالعزم على الوطء .

وقال الشافعي : العود هو الامساك نفسه ، قال ومن مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت على انه لايريد الطلاق وانه عائد ولهذا تلزمه الكفارة فان اقامته دون تطليق دليل على ارادته الامساك والعودة .

وقال الظاهرية : العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه .

الكفارة :

كفارة الظهار كما جاءت في القرآن الكريم في آية الظهار : « والذين يظاهرون » هي على الترتيب الاعتاق ، ثم الصيام ، ثم الاطعام .

والاعتاق ، إعتاق رقبة . فمن لم يجد فصيــام شهرين متتابعين فمن لم يستطع الصيام فليطعم ستين مسكيناً (١) .

---

(١) البدائع ٣/٢٣٥ التاج المذهب ٢/٢٤٨ الوجيز للغزالي ٢/٨١ ابن عابدين ٢/٥٩٤ بداية المجتهد٢/٦٨

الفصل الثالث

الايلاء في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

كان الإيلاء في الجاهلية طلاقاً ، فجاء الاسلام فجعله يميناً ، فالرجل اذا حلفِ على ان لا يطأ زوجته ، كان فيه من الظلم والضرر للزوجة مما لا يحتمل لان الحياة الزوجية تقوم على التعاطف والتحابب ، ولايكون هذا في حال هجر الزوج زوجته ، ولهذا فقد وضع الشارع احكاماً تنصف المرأة المظلومة من هذا التعسف فأوجبعلى الزوج ان يعود الى زوجته بعد ان يكفر عن يمينه .

وقد اختلفت المذاهب في الإيلاء هل تقع به الفرقة بمجرد مضي اربعة اشهر على اليمين ، ام لابد من الطلاق وما هي المدة التي حددها الشارع حتى يعتبر اليمين إيلاء ؟

وسنعرض في بحثنا هذا لتعريف الإيلاء حسب ما جاء في مختلف الآراء ، ثم اركان الإيلاء ، وما يستلزم لتوافرها ، ثم نذكر آثاره على عقد الزواج .

المبحث الاول

تعريف الايلاء ومصدره وصفته الشرعية

الايلاء لغة : الحلف .

وشرعا : الحلف على عدم قربان الزوج زوجته .

جاء في المنهاج [١] : الايلاء : هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنعن (عن زوجته) مطلقاً او فوق اربعة اشهر .

وفي تبيين الحقائق[٢] اليمين على ترك وطء المنكوحة اربعة اشهر او اكثر .

وفي المغني [٣] الحلف على ترك وطء المرأة .

وفي شرح الخرشي [٤] : حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه .

وفي اللمعة الدمشقية [٥] : الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة ابدا او مطلقا او زيادة على اربعة اشهر للاضرار بها .

وجاء في شرح النيل [٦] الايلاء : الكلام المانع من وطء الزوجة .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٤٣ .
(٢) تبيين الحقائق ٢/٢٦١ .
(٣) المغنى ٨/٥٠٦ .
(٤) شرح الخرشي ٣/٢٢٩ .
(٥) اللمعة الدمشقية ٢/١٧٥ .
(٦) شرح النيل ٣/٤٤٢ .

وفي المجموع للامام زيد [١] : الايلاء القسم وهو الحلف فاذا حلف الرجل ان لا يقرب امرأته اربعة اشهر او اكثر من ذلك فهو مؤل وان كان دون الاربعة فليس بمؤل .

وفي المحلى [٢] : الايلاء : ان يحلف ان لا يطأ امرأته وان لا يجمعه واياها فراش او بيت .

مصدر تشريعه :

الاصل في الايلاء قوله تعالى : للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر ، فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم .

بينت الآية الكريمة حكم الايلاء ونسخت ما كان عليه العرب في الجاهلية من انهم كانوا يطلقون بالايلاء فجعلت مدة اربعة اشهر لمن يولي من امرأته اقصى ما يمكن ان تصبر عليه المرأة . ويجب على المؤلى ان يحنث خلال هذه المدة ويكفر عن يمينه ليعود الى زوجته التي ظلمها بترك حقوقها .

فان فاء الرجل وعاد الى زوجته فان الله غفور له ، لان الفيئة توبة واستغفار لما اقدم عليه ، وان عزم الطلاق فليراقب الله فيما يفعل لان الله سميع عليم .

جاء في تفسير المنار [٣] : اي فليراقبوا الله عالمين انه سميع لايلائهم وطلاقهم ، عليم بنيتهم فيه ، فان كانوايريدون به ايذاء النساء ومضارتهن فهويتولى عقابهم .

صفته :

الايلاء فيه ظلم وايذاء للمرأة ولهذا فانه حرام حيث يمنع عن زوجته حقاً ثبت له بموجب عقد الزواج .

---

(١) المجموع للامام زيد ٤/١٨٦ .

(٢) المحلى ١٠/٤٢ .

(٣) تفسير المنار ٣/٣٦٩ .

قال في الانصاف [1] : (الايلاء محرم في ظاهر كلام الاصحاب ، لانه يمين على ترك واجب) .

وقال في مغني المحتاج [2] (وهو حرام للايذاء) .

وفي فتح القدير [3] الايلاء (يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء)

* * *

(١) الانصاف ٩/١٦٩ .

(٢) مغنى المحتاج ٣/٣٤٣ .

(٣) فتح القدير ٣/١٨٢ .

المبحث الثاني

اركان الايلاء

للايلاء اركان لابد منها لتحققه وهي : —

١ — حالف ٢) محلوف به ٣) محلوف عليه ٤) زوجة ٥) صيغة ٦) مدة

١ — الحالف :

يصح الايلاء من كل زوج يصح طلاقه بلا خلاف .

واختلفوا في ايلاء العاجز عن الوطء [١] :

قال الحنابلة والمالكية والشافعية والاباضية :

يشترط الايلاء من زوج قادر على الوطء لأن الايلاء معناه الحلف على ترك الوطء فاذا كان الزوج عاجزاً عن قربان زوجته فلا تنعقد يمينه .

جاء في الشرح الكبير[٢] : « واما العاجز عن الوطء فان كان لعيب غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح ايلاؤه ، لانها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد، لان الايلاء . اليمين المانعة من الوطء وهذا لايمنعه يمين لانه متعذر ولا تضر المرأة بيمينه »

وقال الخرشي[٣] : المجبوب والخصي والشيخ الفاني والعنين... لا ينعقد، منهم ايلاء .

---

(١) جاء في تفسير ابي السعود ٣٧/٢ الطبعة الاميرية : « كل زوج يتصور منه الوقاع وكان تصرفه معتبراً في الشرع فانه يصح منه الايلاء » .

(٢) الشرح الكبير ٥٣٠/٨ .

(٣) شرح الخرشي ١٢٩/٣ .

وفي مغنى المحتاج [1] : « ان العاجز عن الوطء ان كان شفاؤه مرجوا فيصح ايلاؤه والا فلا يصح » .

وقال في شرح النيل [2] : وتعليقاً على قول صاحب المتن : يتصور وطئه : اخرج بقوله : الشيخ الفاني او الطفل .

وقال الاحناف والجعفرية : يجوز الايلاء من كل زوج ولو كان غير قادر على الوطء .

جاء في الروضة البهية [3] : « ويصح الايلاء من الخصي والمجبوب وفيؤه العزم على الوطء »

وجاء في العناية [4] : « من آلى وهو مريض وتم اربعة أشهر وهو مريض وفيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها فان ذلك يسقط الايلاء عندنا » .

٢ ـ محلوف به :

هل ينعقد الايلاء بكل يمين ام لا ينعقد الا باسم الله ، أو بصفة من صفاته ؟ .

قال الاحناف والمالكية والشافعيه والحنابلة والاباضية ينعقد الايلاء بكل يمين .

وقال الجعفرية والظاهرية والزيدية : لا ينعقد الا باسم الله .

الرأي الأول :

جاء في فتح القدير [5] : الايلاء هو اليمين على ترك قربان الزوجة اربعة اشهر فصاعداً بالله او يتعلق ما يستشقه على القربان .

---

(١) مغنى المحتاج ٣/٣٤٤ بتصرف قليل .
(٢) شرح النيل ٣/٤٤٢ .
(٣) الروضة البهية ٢/١٧٧ .
(٤) العناية على الهداية على هامش فتح القدير ٣/١٩٥ .
(٥) فتح القدير ٣/١٨٢ .

وقال الخرشي [١] : « الايلاء حلف المسلم المكلف باسم الله او صفة من صفاته النفسية او المعنوية ، او ما فيه التزام عتق او طلاق او صوم او غير ذلك » .

وفي مغنى المحتاج [٢] : « الجديد عند الشافعي انه لا يختص بالحلف بالله أو بصفة من صفاته بل لو علق به طلاقاً أو عتقاً كان مولياً . »

وفي المغنى [٣] : ــ الايلاء : « ان يحلف بالله أو بصفة من صفاته اما ان حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل ان حلف بطلاق أو عتاق ففيه روايتان :

١ ــ لا يكون مولياً .

٢ ــ يكون مولياً ، لما روى عن ابن عباس انه قال : كل يمين منعت جماعها فهي ايلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي ».

وجاء في شرح النيل [٤] : الايلاء : الكلام المانع من وطء الزوجة ...فدخل مالا حلف فيه مثل ان يقول : ان اتصدق بكذا ، او على كذا نذرا أو عتق او طلاق ان مسستها .

---

(١) شرح الخرشي ٣/٢٢٩ .
(٢) مغني المحتاج ٣/٣٤٤ .
(٣) المغني ٨/٥٠٣ .
(٤) شرح النيل ٣/٤٤٢ .

الرأي الثاني :

في الروضة البهية [١] : الايلاء : « لا ينعقد الا باسم الله لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت [٢] » .

وفي المحلى [٣] : الايلاء : « ان يحلف بالله اوباسم من اسمائه فهو مولى ، والا فان حلف بطلاق أو عتاق او صدقة فليس مولياً ، وعليه الادب لانه حلف بما لا يجوز الحلف به» .

وفي التاج المذهب [٤] « ان تكون اليمين قسماً والقسم هو ان يحلف بالله تعالى او بصفة من صفاته » .

اذا ترك الوطء بدون يمين فهل يعتبر مولياً ؟ ..

قال الجمهور : اذا ترك الوطء بغير يمين فلا يلزمه حكم الايلاء .

قال في مغنى المحتاج [٥] : لو امتنع بلا يمين لم يكن مولياً .

وعند الاحناف يعتبر اليمين ركناً في الايلاء فلا يصح بدونه كما جاء في فتح القدير [٦] واما ركنه فهو الحلف المذكور .

اما مالك فقال ان قصد الاضرار فهو مول ولو لم يحلف .

جاء في بداية المجتهد [٧] : يلزمه اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك لان الضرر يوجد في الحالتين جميعاً .

وفي الانصاف [٨] : اذا امسك بغير يمين لم يكن مولياً، لكن ان تركه مضرا بها من غير عذر ، فهل تضرب له مدة الايلاء ويحكم له بحكمه ؟ . على روايتين .

---

(١) الروضة البهية ١٧٥/٢ المختصر النافع ٢١٣ .
(٢) مجمع البيان ١٢٨/٢ .
(٣) المحلى ٤٠/١٠ .
(٤) التاج المذهب ٢٥٣/٢ .
(٥) مغنى المحتاج ٣٤٥/٣ .
(٦) فتح القدير ١٨٢/٣ .
(٧) بداية المجتهد ٦١/٢ .
(٨) الانصاف ٢٧٠/٩ .

٣ ـ المحلوف عليه :

المحلوف عليه في الايلاء هو عدم قربان الزوج زوجته سواء كان في ذلك مصلحة للزوجة ام للزوج .

وقال المالكية ان كان في عدم الوطء مصلحة للزوجة ففي اعتباره ايلاء قولان

قال الدسوقي (١) : «فاذا حلف لايطأ زوجته ما دامت ترضع او حتى تفطم ولدها او مدة الرضاع فلا ايلاء عليه عند مالك».

وقال اصبغ يكون مولياً .

قال اللخمي : وقول اصبغ اوفق بالقياس . لكن المعتمد قول مالك من انه لا يكون مولياً .

وقال : وهو مقيد بما اذا قصد بحلفه على ترك الوطء اصلاح الولد او لم يقصد شيئاً والا فان قصد بحلفه مجرد الامتناع فمول .

وقد روي عن علي بن ابي طالب : ليس في اصلاح ايلاء (٢) .

ولم تفرق بقية المذاهب بين قصد الاصلاح وغيره .

جاء في المحلى (٣) . : الايلاء . « ان يحلف ان لا يطأ امرأته سواء في غضب او لاصلاح او غيره » .

وقال في التاج المذهب (٤) : « وينعقد ولو كان ترك الوطء لمصلحته كما لو كان يضره الجماع او لمصلحتها كالرضع مثلا فانه ينعقد الايلاء » .

---

(١) الدسوقي ٥٠٠/٢ .
(٢) المغني ٥٢٤/٨ .
(٣) المحلى ٤٢/١٠ .
(٤) التاج المذهب ٢٥٣/٢ .

وفي المغنى [١] : « اما اذا حلف ان لا يطأها حتى تفطم ولده فان أراد وقتا للفطام وكانت مدته تزيد على اربعة اشهر فهو مؤل ، وان اراد فعل الفطام لم يكن مولياً ، لانه ممكن قبل الاربعة الاشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن موليا ».

وفي شرح النيل [٢] : « فلو قال : والله لا امسها لئلا يهزل جسمي او لبرودة الماء عليّ لكان ايلاء ».

٤ — زوجة :

يشترط في المولى منها ان تكون زوجة للمولى فلو حلف على اجنبية ان لا يطأها فلا ايلاء . اما المطلقة الرجعية فقد اختلف الفقهاء في الايلاء منها هل ينعقد ام لا .

ومنشأ خلافهم هو الخلاف حول الطلاق في العدة فمن قال ان الطلاق يتبع الطلاق قال يقع الايلاء على المطلقة رجعياً ومن قال ان الطلاق لا يتبع الطلاق قال لا ايلاء على المطلقة رجعياً .

وكذلك اختلفوا في الصغيرة التي لا تطيق الوطء والمعيبة بعيب جنسي يحول دون الاتصال هل ينعقد اليمين عليها ام لا ؟ ...

قال الشافعية في مغنى المحتاج [٣] : « ولو آلى من رتقاء او قرناء لم يصح الايلاء على المذهب لانه لا يتحقق منه قصد الايذاء والاضرار لامتناع الامر في نفسه » .

وقال الحنابلة في المغنى [٤] : « فأما الرتقاء والقرناءفلا يصح الايلاء منهما لان الوطء متعذر دائما فلم تنعقد اليمين على تركه » .

وقال الزيدية في التاج المذهب [٥] :

---

(١) المغني ٨/٥٢٤ .
(٢) شرح النيل ٣/٤٤٨ .
(٣) مغني المحتاج ٣/٣٤٤ .
(٤) المغني ٨/٥٢٣ .
(٥) التاج المذهب ٢/٢٥٣ .

«ويصح الايلاء من الزوجة ولو كانت صغيرة مدخولة بها ام لاصحيحة ام رتقاء»

وقال المالكية في شرح الدسوقي [1] :

« ينعقد الايلاء اذا امكن الوقاع من جهة ولو كانت رتقاء او عفلاء او صغيرة لا تطيق او غير مدخول بها » .

وقال الاحناف في تبيين الحقائق [2] اثناء مناقشة من اشترط في الزوجة الا تكون رتقاء...

قال « ولان النص يقتضي صحة الايلاء من النساء مطلقاً غير مقيد بوصف القدرة على الجماع » .

٥ ــ الصيغة :

وأما صيغة الايلاء فهي على نوعين : لفظ صريح لا يحتمل معنى آخر كقوله لها والله لا جامعتك . او بلفظ كناية يحتمل اكثر من معنى كقوله والله لا أمسك . وحكم الكناية كما مر معنا في الطلاق انه لا ينعقد به اليمين الابالنية . والخلاف الذي مر معنا في وقوع الطلاق بلفظ الكناية او عدم وقوعه قال به الفقهاء في الايلاء ايضاً فليراجع

٦ ــ مدة الايلاء :

اختلف الفقهاء في مقدار مدة الايلاء على اربعة اقوال :

١) القول الاول :

قول ابن عباس انه لايكون مولياً حتى يحلف على ان لا يطأها ابداً [3]

٢) القول الثاني :

قول الحسن البصري واسحاق ان اي مدة حلف عليها كان مولياً وان كانت يوماً ، على ان يتركها اربعة أشهر .وبهذا القول اخذ الظاهرية [4]

---

(١) شرح الدسوقي ٢/٤٩٩ .
(٢) تبيين الحقائق ٢/٢٦٧ .
(٣) تفسير ابي السعود ٢/٣٦٢ .
(٤) المحلى ١٠/٤٢ .

٣) القول الثالث :

قول الثوري : انه لا يكون مولياً حتى يحلف على ان لا يطأها اربعة اشهر . او فيما زاد وبه قال الاحناف [١] والزيدية [٢] :

٤) القول الرابع :

قول سعيد بن جبير والاوزاعي انه لا يكون مولياً حتى تزيد المدة على اربعة اشهر وبه قال الشافعي ومالك واحمد والجعفرية [٣] .

---

(١) مجمع الأنهر ٤٤١/١ .
(٢) الروض النضير ١٨٧/٤ .
(٣) مغني المحتاج ٣٤٣/٣ بداية المجتهد ٦١/٢ الشرح الكبير ٥١١/٨ الانصاف ١٧٢/٩ المختصر النافع ٢٣١ .

المبحث الثالث

آثار الايلاء

اذا انعقد الايلاء صحيحاً واستوفى اركانه السابقة فعلى الزوج الفيء الى زوجته فيجامعها بعد ان يكفر عن حنثه لان هجر الزوجة لا يجوز .

اما اذا لم يفعل ومضت اربعة اشهر فقد اختلفت الاراء :

قال الاحناف : تبين الزوجة بمضيها بطلقة بائنة ، دون توقف على طلب الزوجة التفريق من الحاكم .

وقال الجمهور : اذا مضت اربعة اشهر وطالبت الزوجة بالفيء اوقفه الحاكم فاما ان يفيء فيعود الى زوجته ، واما ان يطلق . والطلاق رجعي .

وقال الظاهرية : اذا حلف الزوج على عدم قربان زوجته فالحاكم يلزمه ان يفيء ولو لم تطلب المرأة .

وعلى هذا سنبحث ثلاثة أمور :

١) مطالبة الزوجة بالفيء

٢) متى تقع الفرقة

٣) هل الفرقة طلاق بائن ام رجعي .

اولا ـ مطالبة الزوجة بالفيء :

قال الله تعالى : فان فاءوا فان الله غفور رحيم .

قال الفراء [1] : الفيء ان يرجع الى اهله فيجامع .

---

(١) معاني القرآن ١/١٤٥ .

فعلى الزوج اذا آلى من زوجته ان يعود اليها بعد ان يكفر عن يمينه لقوله عليه السلام : من حلف على يمين فرأى غيره خيرا منه فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه[1] ولا يؤاخذه الله بتلك اليمين بل يغفر له ويرحمه .

وللزوجة اذا ما مضت مدة الاربعة اشهر ان تطالب زوجها بالفيء عند جمهور الفقهاء[2] الا اذا كان بها عذر يمنع الوطء فيمتنع عليها المطالبة لان الوطء ممتنع من جهتها كما ليس لها المطالبة بالطلاق . لانه انما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شيء[3] .

فان كان بالزوج عذر يمنعه من الوطء من مرض او احرام فالفيء حينئذ يكون بقوله : متى قدرت جامعتها لان القصد بالفيئة ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار[4] .

ثانياً — متى تقع الفرقة بالايلاء :

اختلف الفقهاء على خمسة اقوال :

١) قال الاحناف والاباضية :

اذا مضت الاربعة الاشهر ولم يفىء الى زوجته بانت منه بنفس مضي المدة .

---

(١) تفسير القاسمي ٥٧٨/٣ والكفارة هي اطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، فإن لم يجد شيئاً فصيام ثلاثة أيام .

(٢) ومدة الأربعة الاشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء فيها . روي عن عمر أنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول : —

تطاول هــذا الليل وازور جانبــه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبــه
فوالله لــولا الله لا شيء غــيره ... لزعزع من هــذا السرير جوانبه
مخــافــة ربي والحيــاء يكفنــي ... وأكرم بعلي أن تنــال مراكبــه

فسأل عمر كم تصبر المرأة عن الزوج فقيل له : تصبر شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفد الصبر : فكتب إلى أمراء الأجناد أن لا يحبسوا رجلا عن امرأته اكثر من أربعة اشهر .

ملاحظة ، في البيت الأول : خليل : بمعنى الزوج ، الشرح الكبير ٥١١/٨ .

(٣) المغني ٥٣٢/٨ الخرشي ٢٣٧/٣ .

(٤) مغني المحتاج ٣٥٠/٣ المحلى ٤٢/١٠ التاج المذهب ٢٥٧/٢ .

جاء في بداية المبتدىء [1] : وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقه
وفي شرح النيل [2] : وان لم يمسها حتى مضت اربعة اشهر بانت .

٢) وقال الظاهرية :

يلزم الحاكم المولي بالفيء ولو لم تطلب منه الزوجة فان أبى اجبره الحاكم على احد الامرين الفيء او الطلاق ولا يطلق عليه .

٣) وقال الجعفرية :

لا يجوز للقاضي ان يطلق زوجة المولى ولو لم يفيء اليها ولكن اذا طلبت الزوجة الفيء فالقاضي يمهل الزوج اربعة اشهر ابتداء من مطالبة الزوجة لامن وقت الحلف فان ابى الفىء او الطلاق حبسه حتى يفعل .

جاء في الروضة البهية [3] : « واذا رافعته انظره الحاكم اربعة اشهر من حين المرافعة لا من حين الحلف فان اصر على الامتناع حبسه ولا يطلق عليه » .
ويشترط المرافعة من المرأة لانه حقها .

٤) وقال الزيدية :

اذا مضت اربعة اشهر على الايلاء وطالبت الزوجة بالفىء او الطلاق فالقاضي يجبره على احد الامرين ولا يطلق عليه .

جاء في التاج المذهب [4] : « ومواقعتها بعد مضي الاربعة الاشهر ...ويحبس الزوج ان امتنع حتى يطلب او يفىء » .

٥) وقال المالكية والشافعية والحنابلة :

اذا مضت اربعة اشهر ولم يفىء الى زوجته ورفعت الزوجة امرها الى القاضي فانه

---

(١) بداية المبتدي ٣/١٨٤ .
(٢) شرح النيل ٣/٤٤٢ .
(٣) الروضة البهية ٢/٢٥٦ .
(٤) التاج المذهب ٢/٢٥٦ .

يأمره بالفيء او الطلاق . فان ابى وطالبت الزوجة بالطلاق طلق القاضي عليه» .

قال الخرشي [1] : « ان المولى اذا طلبت منه زوجته الحرة المطيقة للوطء الفيئه . فان امتنع من الوطء ومن الطلاق فان الحاكم يوقع عليه طلقه » .

وفي الشرح الكبير [2] : « اذا امتنع المولى من الفيئة بعد التربص او امتنع المعذور بلسانه .. وطالبت المرأة فللقاضي ان يجبره على الطلاق فان امتنع طلق عليه القاضي ».

وفي رواية عن احمد : « ليس للحاكم الطلاق عليه بل يحبس ويضيق عليه [3] ».

وفي المغني [4] : ليس للحاكم ان يأمر بالطلاق . ولا يطلق الا ان تطلب المرأة ذلك لانه حق لها . وانما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون الا عند طلبها

وفي المنهاج [5] : « وان ابى الفيئة والطلاق فالاظهر ان القاضي يطلق عليه طلقة » .

مناقشة :

وسبب الخلاف بين من يطلب منه القاضي التفريق ومن يحبس حتى يفرق هو معارضة الاصل المعروف في الطلاق انه لا يطلق الا الزوج ، للمصلحة التي توجب رفع الضرر عن الزوجة بتطليق القاضي .

فمن اجاز للقاضي التطليق لرفع الضرر ، قال : يطلق القاضي في كل حالة امتنع فيها الزوج عن الطلاق وكان في امتناعه ضرر للزوجة ومن قال : لا طلاق الا بيد الرجل لم يجز للقاضي التطليق على الزوج [6] .

---

(١) شرح الخرشي ٣/٢٣٨ .
(٢) الشرح الكبير ٨/٥٥ .
(٣) المغني ٨/٥٤٠ .
(٤) المصدر السابق ٨/٥٤٢ .
(٥) مغني المحتاج ٣/٣٥١ .
(٦) بداية المجتهد

مناقشة اصحاب الرأي الاول والاخير [1]

ان منشأ الخلاف بين الرأيين هو خلافهم في تفسير قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » .

فاصحاب الراي الاول قالوا ان الفيء او الطلاق يجب ان يكون اثناء مدة الايلاء وقال اصحاب الرأي الاخير ان الفيء او الطلاق يكون بعد مضي المدة

أدلة اصحاب الرأي الاول الذين قالوا ان الفرقة تقع بمضي مدة الإيلاء اذا لم يفيء الى الزوجة دون حاجة الى تطليق الحاكم او طلاق الرجل .

١) — قوله تعالى : « فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » .

فالفاء هنا للتعقيب اي ان يمين الزوج يعقبه احد امرين اما الفيء واما عزيمة الطلاق وبما ان الفيء لا يكون الا خلال المدة دون خلاف فكذلك يجب ان يكون الطلاق خلال مدة الإيلاء ولا مبرر للتفرقة بينهما حتى نقول ان الفيء يجب ان يكون خلال مدة الايلاء والطلاق بعد مضيها .

٢) قال الله تعالى في مستهل هذه الآية : « للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر» . وقال تعالى في آية اخرى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فكما ان الفرقة تقع بمضي الاقراء الثلاثة في الآية الثانية فكذلك يجب ان تقع الفرقة بمضي مدة الايلاء في الآية الأولى .

اما اذا قلنا انه لا يقع الطلاق بمضي المدة كانت مدة التربص اكثر مما نص عليه القرآن وهو اربعة اشهر فقد يغيب المولى عن زوجته اكثر من ذلك وقد لا ترفع الزوجة امرها الى القاضي وهذا يخالف ما جاء في القرآن حيث حدد مدة التربص المذكورة

---

(١) المغني ٨/٥٢٤ ، المحلى ١٠/٤٢ ، بداية المجتهد ٢/٦٠ ، مجمع البيان ٢/١٢٨ ، مغني المحتاج ٣/٢٤٩ فتح القدير ٣/١٨٤ — ١٨٥ .

أدلة اصحاب الرأي الاخير الذين قالوا ان الفرقة لا تقع بمضي المدة بل لا بد من طلاق الرجل او تطليق القاضي .

١) — قال الله تعالى : « فان فاءوا فان الله غفور رحيم، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » . فالفاء هنا للتعقيب فحكم الفيء او الطلاق يجب ان يكون عند انقضاء الاشهر الاربعة . لان قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر » دل على امرين : الايلاء والتربص ، والفاء جاءت عقب ذلك فلا بد ان يكون الفيء او الطلاق بعد ذلك [1] .

٢ — قوله تعالى : « وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » صريح بان الطلاق لا يكون الا بإيقاع الرجل حين يعزم عليه فلو وقع الطلاق بمضي المدة لم يحتج الى عزم عليه بعد وقوعه .

٣ — ظاهر قوله تعالى : « فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزمواالطلاق فان الله سميع عليم » . انه تخيير بين امرين في وقت واحد ، أما على قول ابي حنيفة فالفيء يقع في المدة اما الطلاق فيقع بمضي المدة فتغاير الوقتان .

٤ — ان قصد المضارة لا يتحقق الا بمضي المدة التي حددها القرآن للايلاء فاذا ترك الرجل قربان زوجته اقل من اربعة اشهر لا يعتبر ضاراً بالزوجة ، أما اذا مضت المدة المذكورة تحقق الضرر فيؤمر بالفيء او بالطلاق .

والرأي الاخير على ما يبدو اقوى حجة واقرب للمصلحة وفي هذا يقول استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف [2] : « ان رأي الجمهور اقوى واصح دليلا اوقد يكون من الخير مفاتحة الزوج فيما حدث منه من يمين ، وامتناع عن قربان زوجته ، وذلك بعد مضي المدة فيراجع الزوج نفسه ، ويدرك خطأه ، وذلك خير من فصم عرى الزوجية بمجرد مضي المدة ، فلا تجدي المفاتحة ولا النصح ولا الارشاد ، ولكن في عدم وقوع الطلاق بمضيها تهيئة فرصة يستطيع فيها الزوج اصلاح ما أفسد » .

---

(١) فقه القرآن والسنة حسن مأمون ١٤٤ .

(٢) فرق الزواج ص ٢٤٩ .

وفي هذا يقول الامام القرافي المالكي[1]

التطليق على المولي يفتقر الى بذل الجهد والتحرير في تلك اليمين المحلوف بهـــا ، هل هي مما توجب عليه حكماً على تقدير الفيئة أم لا وهل ترك الفيئة منه مضر بالمرأة أم لا وهل كان مقصود بتلك اليمين الاضرار فتطلق عليه ؟ ... كما لو حلف أن لا يطأها خوفاً على ولده من السقم لفساد اللبن وغير ذلك من جهات النظر .

ثالثاً — هل الفرقة بالايلاء طلاق بائن ام رجعي ؟ ..

قال الاحناف والزيدية والاباضية : إن الطلاق الذي يقع بالايلاء طلاق بائن .

جاء في تنوير الابصار[2] : « وحكمه وقوع طلقة بائنة » .

وفي المجموع للامام زيد[3] : « فان عزم الطلاق تطليقة بائنة » .

وفي شرح النيل [4] : « الايلاء طلاق واحد ان لم ينو أكثر ولا يملك رجعتها .

وحجة أصحاب هذا الرأي ان الشارع جعل الفرقة في الايلاء لرفع الظلم والضرر عن الزوجة .

وهذا لا يتحقق الا في الطلاق البائن لا الرجعي .

جاء في حاشية الشلبي [5] : « عن سعيد بن المسيب : انما وقع بائنا لا ن الزوج ظلمها حيث منعها حقها المستحق عليه الوطء في المدة فجازاه الشرع بالطلاق عند مضي المدة تخليصا عن ضرر التعليق ولا يحصل التخلص بالرجعي فوقع بائنا » .

وقال الحنابلة والمالكية والشافعية والجعفرية والظاهرية : ان الايلاء رجعي .

جاء في المغنى [6] : « والطلاق رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه » .

---

(١) الاحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام للقرافي ص ١٤٧ .
الامام القرافي هو شهاب الدين ابو العباس احمد ادريس بن عبد الرحمن المصري القرافي المالكي ولد بمصر سنة ٦٢٦ اخذ عن شيخ الشافعية الامام الشيخ عز الدين بن عبد السلام وعن غيره من كبار علماء عصره .
من مؤلفاته الذخيرة في الفقه المالكي وهو موسوع في الفقه طبع منه مجلد واحد ، والفروق في أربعة مجلدات توفي رحمه الله ودفن بالقاهرة عام ٦٨٤ هـ .

(٢) تنوير الابصار ٥٦٢/٢

(٣) المجموع ١٨٨/٤ .

(٤) شرح النيل ٤٤٢/٣ .

(٥) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٢٦٢/٢ .

(٦) المغني ٥٤٢/٨ .

وعن احمد : « رواية انه بائن اذا طلق الحاكم ورجعي اذا طلق الزوج » .

وفي شرح الخرشي [1] : « ان المولي اذا طلق الحاكم عليه زوجته التي دخل بها فله أن يراجعها ما دامت العدة باقية » .

وفي نهاية المحتاج ان طلاق المولى طلاق رجعي الا اذا كان قبل الدخول او مكملاً للثلاث[2] .

وفي التهذيب[3] : « فان عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها» .

وفي المحلى [4] : « فاذا طلقها ثم راجعها فقد سقط عنه حكم الايلاء » .

وسبب الخلاف بين من عد الطلاق بالايلاء بائنا وبين من قال انه طلاق رجعي معارضة المصلحة المقصودة من الايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال أنه رجعي ومن غلب المصلحة قال أنه بائن[5] .

جاء في المحلى[6] : « اذا حلف ولو لم يوقت وقتاً فالحاكم يلزمه أن يفيء ووطء امرأته ويؤجل له أربعة أشهر من حين الحلف سواء طلبت المرأة او لم تطلب رضيت او لم ترض » .

واذا لم يفيء خلال المدة وهي أربعة أشهر من حين الحلف أجبره الحاكم بالسوط أن يجامع أو يطلق أو يموت قتيلاً وليس للحاكم أن يطلق عليه .

* * *

(١) شرح الخرشي ٣/٢٤٠ .
(٣) نهاية المحتاج ٦/١٦٥ .
(٣) الاستبصار ٣/٢٥٥ .
(٤) المحلى ١٠/٤٣ .
(٥) بداية المجتهد ٢/٦١ .
(٦) المحلى ١٠/٤٤ .

الفصل الرابع

الفرقة بتغيير الدين

تمهيـــيد :

الزواج ارتباط بين قلبين قبل أن يكون ارتباطاً بين جسدين . فوحدة الافكار والمشاعر وتلاقي المبادىء والآراء بين الزوجين هو الدعامة الاولى التي يرتكز عليها نظام الزواج . فاذا ما اختلف الزوجان في العقيدة تباعد قلباهما ونشأ عن ذلك اختلاف في كثير من شؤون الاسرة ، فكل من الزوجين يريد أن يربي اولاده على حسب عقيدته ومبادئه ، ويصبح لكل منهما أهداف وغايات تختلف عن الآخر ، وهكذا يصبح كل من الزوجين في معزل عن الآخر في تقاليده وعاداته ، في طباعه وخلقه ، في سلوكه وتفكيره .

ولئن اجاز الشرع الاسلامي للمسلم أن يزوج الكتابية ابتداء فلئن هذا معناه قبول أحدهما بالآخر على دينه ببينة ووضوح[1] .

أما اذا طرأ تغيير الدين أثناء الحياة الزوجية فالأمر يختلف لان تغيير الدين معناه الثورة على تلك المبادىء والنظم التي تعاقد عليها الزوجان وفي ظلها تم الزواج .

---

(١) نتكلم عن تغيير الدين الطارىء بعد الزواج اما اختلاف الدين حين الزواج اي اذا كان الزوجان مختلفين ديانة فان كان معروفاً ذلك لدى الطرفين وكان الزوج مسلماً والزوجة كتابية فلا اكراه لان الزوجة رضيت به على خلاف دينها واما العكس فلا يجوز للمسلمة ان تتزوج غير المسلم فهذا الامر يتعلق بالنظام العام قانوناً ولان الابناء يلحقون بأبيهم وانه لا ولاية لغير المسلم على المسلمة شرعاً .

والحياة الزوجية ليست ميداناً للصراع الفكري بين الرجل والمرأة حتى نحكم عليها بالبقاء الابدي رغم تغيير الدين ، وليست رابطة الزوجية رابطة ابدية لا يجوز فصمها لأي سبب من الاسباب

ولهذا فان معظم الشرائع والقوانين نصت صراحة على التطليق لتغيير دين أحـــد الزوجين حتى ان الذين لا يؤمنون بالتفريق بين الزوجين قالوا اذا غير أحد الزوجين دينه وجب الانفصال الجثماني بينهما .

المبحث الاول

اثر تغيير دين أحد الزوجين على الزواج في الشريعة الاسلامية

وسنبحث في هذا الموضوع حالة تغيير دين أحد الزوجين عن الاسلام في فرع ، والتغيير الى الاسلام في فرع آخر :

الفرع الاول : ردة أحد الزوجين .

الفرع الثاني : اسلام أحد الزوجين .

الفرع الاول

ردة حد الزوجين

اذا ترك احد الزوجين المسلمين دينه يعتبر مرتداً سواء انتقل الى دين سماوي أم لم ينتقل الى دين معين .

وتعتبر الردة في الاسلام بمنزلة الموت لانها سبب مفض اليه فالمرتد يقتل ، والمرتدة تحبس حتى الموت ، الا اذا كان في بقائها خطرا على المسلمين .

وتصرفات المرتد باطلة كلها ولا يجوز أن يتزوج أحدا ولهذا ينفسخ نكاحه ان كان زوجاً . وتصرفات المرتدة أيضاً باطلة كلها وينفسخ نكاحها على ما ذهب اليه جمهور المسلمين .

ويلاحظ في احكام المرتدين جانب الخروج على نظام الدولة بخروج المرتد على دين الدولة ومبادئها أكثر من الخروج من دين الى دين بدليل اختلاف أحكام المرتد عن أحكام المرتدة . فالمرتد يشكل خطرا على الدولة الاسلامية ، أما المرتدة فهي أقل أثرا ولهذا لا تقتل بل تحبس الا اذا كانت من ذوات النفوذ وفي بقائها ضرر على المسلمين كما ذكرنا .

فاذا ارتد الزوج فلا يجوز بقاء زوجته على عصمته حيث لا عصمة مع الردة ، ولا يجوز بقاء المسلمة زوجة لمرتد لانه لا دين له . وما لا يجوز ابتداء لا يجوز بقاء ، فكما ان زواج المشرك بالمسلمة لا يجوز فكذلك بقاء المسلمة زوجة للمرتد لا يجوز .
قال الله تعالى :

« ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو اعجبكم ».
وكذلك اذا ارتدت الزوجة فلا يجوز بقاؤها زوجة للمسلم لأنه لا يجوز زواج المشركة ابتداء لقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » .

سنبحث أثر الردة على الزواج في الشريعة الاسلامية حيث نجد أمامنا حالات ثلاث :
اولا ـ اذا ارتد الزوج :

قال الاحناف والزيدية والظاهرية والمالكية : ان الفرقة تقع بين الزوجين بمجرد ردة الزوج لأنه لا يقر على فعله ويقتل ان لم يتب .

وقال الحنابلة والشافعية والاباضية بذلك ان كانت ردة الزوج قبل الدخول ، اما اذا كان بعد الدخول فلا يفرق بينهما الا بانتهاء العدة ، فان رجع الى الاسلام خلال ذلك فهي زوجته ، والا فرق بينهما .

وفصل الجعفرية بين من كان مسلماً فارتد وبين من كان كافراً ثم أسلم فارتد .
ثانياً ـ اما اذا ارتدت الزوجة :

قال الاحناف والظاهرية والزيدية : اذا ارتدت الزوجة يفرق بينها وبين زوجها إثر ردتها .

وقال المالكية : لا يفرق بينهما اذا قصدت بردتها فسخ نكاحها بل تعامل بنقيض ما قصدته وتبقى زوجته ، وبهذا أفتى بعض المتأخرين من الاحناف .

أما الجعفرية والحنابلة والاباضية والشافعية فقد فرقوا أيضاً بين ما اذا كانت الردة قبل الدخول أو بعدها . فاذا ارتدت الزوجة قبل الدخول بانت في الحال ، وان كان بعد الدخول يتوقف في مدة العدة ، فان عادت إلى الاسلام فهي زوجته والا فرق بينهما ، والفرقة على كل حال من يوم الردة .

ثالثاً ــ واذا ارتد الزوجان معاً :

قال الظاهرية والزيدية : اذا ارتد الزوجان وقعت الفرقة بينهما ، وبهذا قال الاحناف قياسا ولكنهم استحسنوا فقالوا لا تقع الفرقة استحسانا .

وقال الزيدية : اذا ارتد الزوجان معاً فهما على نكاحهما لأنه لم يختلف دينهما عن بعضهما .

وقال الشافعية والجعفرية والحنابلة : ان كانت ردتهما قبل الدخول فسخ النكاح بينهما وان كان بعد الدخول يتوقف فإن عادا الى الاسلام في فترة العدة فهما على نكاحهما والا فرق بينهما .

وفي مذهب الحنابلة روايتان في ردة الزوجين بعد الدخول .

الاحناف : جاء في متن القدوري[1] : « واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت البينونة[2] »

وقال صاحب الجوهرة في شرحه في امرأة ارتدت لتفارق زوجها : تقع الفرقة

---

(١) الجوهرة ٢/٢٤ .

(٢) وجاء في الفتاوي الحامدية ١/٩٦ ط أميرى ثانية . سئل : هل تقع الفرقة بنفس الردة أم لا بد من قضاء القاضي ؟ فأجاب تقع الفرقة بنفس الرده قال في التنوير والكنز : وارتداد أحدهما فسخ في الحال . وقال قاضيخان في باب الردة : أجمع أصحابنا على أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة .

وتجبر على الاسلام وتعزر .

ولكن المتأخرين من الاحناف افتوا بعدم الوقوع اذا قصدت الزوجة بردتها فسخ نكاحها معاملة لها بنقيض مقصودها .

جاء في الفتاوي الخانية[1] : « في منكوحة ارتدت : حكي عن أبي نصر وأبي القاسم الصفار انهما قالا لا تقع الفرقة بينهما حتى لا تصل الى مقصودها ان كان مقصودها الفرقة » .

وقال الزيلعي [2] : « وبعض مشايخ بلخ وسمر قند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة بالردة حسما لباب المعصية .

وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن تجبر على النكاح لزوجها بعد الاسلام لان المقصود يحصل بذلك .

أما ردة الزوجين معاً :

جاء في البدائع[3] : « اما اذا ارتدا معاً فلا تقع الفرقة بينهما استحساناً حتى لو اسلما فهما على نكاحهما والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر[4] » .

الزيدية :

جاء في التاج المذهب[5] : « ان ارتد احدهما فأنه يفسخ النكاح وتبين الزوجة في الحال سواء كانت مدخولا بها ام غير مدخولة » .

---

(١) الفتاوي الخانية ١/٥٤٦ .

(٢) الزيلعي ٢/١٧٨ .

(٣) البدائع ٢/٢٣٧ .

(٤) وجه القياس ان ردة احدهما تقع بها الفرقة فردتهما معاً فيها ردة احدهما وزيادة . واما وجه الاستحسان ان العرب في عهد أبي بكر لما ارتدوا ورجعوا إلى الاسلام لم يؤمروا بتجديد أنكحتهم وكان هذا في عصر الصحابة فهو اجماع تركنا القياس لاجله .

(٥) التاج المذهب ٢/٨٠ .

وجاء في البحر الزخار[1] : « فان ارتدا معاً فلا فسخ ، اذ لم تختلف ملتهما فلم يشملها قوله صلى الله عليه وسلم : لا تناكح بين أهل ملتين » .

الظاهرية :

جاء في المحلى[2] : « اذا ارتد هو دونها أو ارتدت هي دونه أو ارتدا معاً ففي كل هذه الوجوه ينفسخ نكاحهما ... ولا ترجع اليه الا برضاهما » — أي ولو أسلم وتاب فلا رجعة الا بعقد جديد — .

المالكية :

وقال المالكية : اذا ارتد الزوج فرق بينهما حالا ، ولا رجعة له ولو تاب وهي في العدة أما إذا ارتدت الزوجة فقالوا : ان قامت القرائن على ان غرضها الاحتيال للخلاص من زوجها فانها لا تبين منه بل تعامل بنقيض قصدها[3] . وقال المراق[4] : وإن أسلم في في عدتها فلا رجعة له . وكذلك ردة المرأة (طلقة بائنة (وان رجعت إلى الاسلام .

وقد نقل الحطاب عن الشامل[5] : لو قصدت بردتها فسخ نكاحها لم ينفسخ .

أما إذا لم تقصد فسخ النكاح فالفرقة تقع بينهما بمجرد ردتها عن الاسلام[6] .

الحنابلة :

جاء في المحرر[7] : وإذا ارتد الزوجان معاً قبل الدخول أو أحدهما انفسخ النكاح ...

---

(١) البحر الزخار ٧٢/٣ .

(٢) المحلى ١٤٣/١٠ .

(٣) ونظراً لقوة هذا الرأي اقتصرت أكثر كتب المالكية على ذكره ولكن هذا مقيد فيما إذا كان قصد الزوجة من ردتها الخلاص من زوجها وإلا بانت أثر ردتها .

(٤) شرح المواق ٤٧٩/٣ .

(٥) مواهب الجليل ٤٨٠/٣ .

(٦) شرح الدردير ٣١٦/٢ . ونقل الدسوقي رواية علي بن زياد عن مالك : إذا ارتدت المرأة تريد بذلك فسخ النكاح فلا يكون ذلك طلاقاً وتبقى على عصمته .

(٧) المحرر ٣٠/٢ — وراجع الفروع ٨٤/٣ — والانصاف ٢١٥/٨ .

ولو كانت الردة بعد الدخول فهل تتنجز الفرقة أو تقف على انقضاء العدة ؟ ... على روايتين .

وقال في المغنى[1] : اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول ...

ففي احداهما تتعجل الفرقة .

وثانيهما : يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان ...

وقال : فان ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما .

وقال في كشاف القناع [2] : « ويمنع الزوج من وطئها اذا ارتد أو أحدهما بعد الدخول » .

الشافعية :

جاء في المنهاج[3] : « ولو ارتد زوجان او أحدهما قبل دخول تنجزت الفرقة ، أو بعده وقفت ، فان جمعهما الاسلام في العدة دام النكاح ، والا الفرقة من الردة » .

الجعفرية :

قلنا ان الجعفرية فرقوا في ردة أحد الزوجين بين ما إذا كان مسلماً في الأصل ثم ارتد أو كان كافراً ثم أسلم ثم رجع الى دينه .

جاء في تذكرة الفقهاء[4] :

١) إذا ارتد أحد الزوجين : فان كان مسلماً أي ولد مسلماً ثم انتقل بعد بلوغه رشده الى الكفر فانه لا تقبل منه توبته ولا رجوعه الى الاسلام ، بل يجب قتله ، وتخرج أمواله عنه

---

(١) المغنى ٥٦٦/٧ .

(٢) كشاف القناع ٩٤/٥ .

(٣) مغنى المحتاج ١٩٠/٣ .

(٤) تذكرة الفقهاء ٦٥٨/٢ .

بنفس الارتداد وتبين منه زوجاته ولو رجع لم يرجع اليه شيء من ماله ولا من منكوحاته بل يحرمن عليه وغيرهن من المسلمات تحريماً مؤبداً وتعتد زوجاته منه عدة الوفاة .

٢) وإن كان عن غير فطرة فان كان كافراً فيسلم ثم يرجع الى الكفر ، هنا يستتاب فان تاب ورجع قبل رجوعه فلا تخرج أمواله عنه ولا منكوحاته بالارتداد بل يحجر عليه في ماله ويفرق بينه وبين منكوحاته فان رجع في العدة وهي عدة الطلاق هنا ، كان أحق بهن . وان خرجن من العدة ولم يرجع بنّ عنه وجاز لهن نكاح غيره .

٣) أما لو ارتدا معاً : فانه كارتداد أحدهما فان كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال وان كان بعده وقف الفسخ على انقضاء العدة .

الاباضية :

جاء في شرح النيل[1] : من ارتد زوجاً او زوجة ثم عاد الى الاسلام أثناء العدة استمر النكاح بينهما .

وقيل لا بد من أن يجدد عقد النكاح ولو لم تنقض العدة .

* * *

(١) شرح النيل ٣/١٩٥ .

نوع الفرقة التي تقع بالردة

قال الأحناف [1] :

ان ردة الزوجة فسخ بلا خلاف في المذهب أما ردة الزوج فهي فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وطلاق بائن عند محمد .

وقال الشافعية [2] والحنابلة [3] والجعفرية [4] والزيدية [5] والظاهرية [6] .

ان ردة أحد الزوجين فسخ للنكاح :

وقال المالكية : [7] ان ردة أحد الزوجين طلاق بائن .

وقال المخزومي : ان الفرقة طلاق رجعي .

وقال الماجشون إن الفرقة فسخ .

* * *

(١) البدائع ٢/٣٣٧ .
(٢) مغني المحتاج ٢/١٩١ وجاء في المهذب ٢/٥٥ .
(٣) وقال ابن قدامة في عمدة الحازم ص ١٦٨ وكل فرقة جاءت من الزوج كالخلع وانتقاله عن دينه أو من اجنبي فحكمه حكم طلاق . المغني ٧/٥٣٢ .
(٤) الروضة البهية ٢/٩٨ المختصر النافع ٢٠٣ .
(٥) البحر الزخار ٣/٧٠ الدرر البهية ٢/٣٤ – ٢ – الفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لأنها فرقة عربت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ .
(٦) المحلى ١٠/١٤٣ .
(٧) الدردير ٢/٣١٦ المواق ٣/٤٧٨ .

الفرع الثاني

اسلام احد الزوجين

لا يجوز في الشريعة الاسلامية للمسلمة أن تتزوج غير مسلم بلا خلاف . ولكـــن يجوز للمسلم أن يتجوز كتابية مسيحية كانت أو يهودية مع خلاف في بعض المذاهب ، ولا يجوز للمسلم أن يتزوج مجوسية .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة[1] « ان التنافر بين الاسلام والوثنية شديد لا يمكن أن تكو ن معه في الاحوال العامة عشرة متلائمة متفقة وكيف تتصـــور عشرة بين زوجين أحدهما يتقرب الى الله سبحانه بذبح بقرة وتوزيعها صدقات والثاني يتعبد هذه البقرة انه لا يمكن أن تكون عشرة الا اذا كان ثمرة استهواء شديد يفسد دينه فيكون التحريم من هنا » .

أما الكتابية فانها في لب الفضائل الاجتماعية تلتقي مع المسلم اذ اصول الا ديـــان السماوية في أصلها واحد .

ومن القواعد العامة في هذا الموضوع أنه ما لا يجوز ابتداء لا يجوز بقاء وعلى هذا وضعت أحكام النكاح والطلاق بين مختلفي الديانة .

وفي اسلام أحد الزوجين ثلاث حالات اما أن يسلم الزوج أو تسلم الزوجة أو أن يسلم الزوجان معاً . وسنبحث هذه الحالات الثلاث من حيث آثارها على الفرقة بينهما .

---

(١) آثار الزواج محمد ابو زهرة ص ١٣٥ .

١) اذا اسلم الزوجان معاً او اسلم الزوج وكانت زوجته كتابية [١] :

ولم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم ، في هذه الحالة يستمر النكاح بين الزوجين ، لأنهما ان اسلما معا فلا اختلاف بينهما في دين . فإن اسلم الزوج وكانت زوجته كتابية فهذا يجوز ابتداء أي يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية ، وما جاز ابتداء جاز بقاء . ولم يخالف في اسلام زوج الكتابية الا الزيدية على المعتمد عندهم .

جاء في البدائع [٢] : « فان كانا كتابيين فأسلم الزوج فالنكاح بحاله ، لان الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء » .

وجاء في المحرر [٣] : « واذا أسلم الزوجان معاً أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما » .

وجاء في المنهاج [٤] : « اسلم كتابي أو غيره وتحته كتابية استمر نكاحه ... ولو أسلماً معاً دام النكاح » .

وفي شرح الخرشي [٥] : « ان الكافر اذا أسلم وتحته كتابية فانه يقر على نكاحها ترغيبا للاسلام » .

وفي شرح المواق [٦] : « واجمعوا أن الزوجين اذا أسلما في حالة واحدة ان لهما البقاء على النكاح الاول ، الا ان يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب تحريما » .

---

(١) أما لو كانت زوجته غير كتابيه عرض القاضي الاسلام عليها فإن أبت فرق بينهما على ما ذهب اليه الاحناف .
وقال الشافعية والحنابلة تقع الفرقة حالا إن كان قبل الدخول وإلا ينتظر لانتهاء العدة لعلها تسلم .
(٢) البدائع ٢/٣٣٦ .
(٣) المحرر ٢/٢٨ وفي المغني ٧/٥٣٥ اذا أسلما معاً فهما على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده . وكذلك في الإنصاف ٨/٢١٠ .
(٤) مغني المحتاج ٣/١٩١ .
(٥) شرح الخرشي ٣/٦٥ .
(٦) شرح المواق ٣/٤٧٨ .

وفي المختصر النافع[1] : « واذا اسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول أو بعده » .

وفي الروضة البهية[2] : « ولو اسلما معا يثبت النكاح لانتفاء المقتضى للفسخ » .

وفي المحلى[3] : « يفسخ النكاح بعد صحته في حالات منها اختلاف الدينين الا في جهة واحدة وهي أن يسلم الزوج وهي كتابية فانهما يبقيان على نكاحهما واذا أسلما معا فهما على نكاحهما » .

وفي المذهب الزيدي رواية جاءت في المجموع[4] : « ما رواه الامام زيد عن علي : اليهودي تسلم امرأته ، ان اسلما كانا على النكاح وان اسلم هو ولم تسلم امرأته كانا على النكاح[5] » .

٢) اما لو اسلمت الزوجة :

اذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غير مسلم فيجب التفريق بينهما لأنه لا يجـوز للمسلمة أن تتزوج غير مسلم شرعاً وقانوناً[6] لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بايمانهم فان علمتوهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » .

---

(١) المختصر النافع ص ٢٠٣ .

(٢) الروضة البهية ٩٨/٢ . يذهب بعض فضلاء الكتاب الى أن زواج المسلم بغير المسلمة لا يجوز عند الإمامية وهذا خطأ . مجلة القانون والاقتصاد العدد ١ س ١ احمد ابراهيم .

(٣) المحلى ١٤٣/٢٠ .

(٤) المجموع ٦٩/٤ .

(٥) وهذا يخالف ما ادعاه صاحب البحر الزخار من أن الاجماع على فسخ النكاح في هذه الحالة . قال في البحر الزخار ٧٠/٣ اذا أسلم أحدهما دون الثاني انفسخ النكاح إجماعاً لقوله عليه السلام : لا تناكح بين أهل ملتين ولعل سبب هذا الاختلاف هو خلافهم حول جواز المسلم بالكتابية .

(٦) يقول الدكتور احمد سلامه ٣١٢/١ وبطبيعة الحال فإذا كانت الزوجة هي التي أسلمت فإن رابطة الزوجية تحل بقوة القانون لأن عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم مسألة من النظام العام .

ولم يختلف الفقهاء في هذا الا انهم قالوا في الوقت الذي تبين به الزوجة ثلاثة آراء :

١) قال الظاهرية : اذا أسلمت الزوجة وقعت الفرقة بين الزوجين في الحال .

٢) وقال الاحناف يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم فهي زوجته وان أبى فرق بينهما .

٣) وفرق الجمهور فيما اذا كان اسلام الزوجة قبل الدخول أو بعد الدخول .

٤) وقال الزيدية يفرق بينهما باحد أمرين اما بمضي مدة العدة أو بعرض الاسلام على الزوج وإباؤه .

١ ـ قال الظاهرية :

اذا اسلمت زوجة غير المسلم فالفرقة وقعت بينهما بمجرد اسلامها ولا تحتاج الى عرض الاسلام على زوجها لأنه لا يجوز بقاؤها تحت غير مسلم .

قال في المحلى(١) : في أسباب فسخ النكاح : ان تسلم وهو كافر كتابي أو غير كتابي .

وقال ابن حزم بعد ذلك سواء أسلم زوجها أثر اسلامها ام لم يسلم فلا نكاح بينهما الا انه اذا اسلم فله الزواج بعقد جديد ومهر جديد .

٢ ـ اما الاحناف :

فقالوا اذا أسلمت الزوجة عرض الاسلام على زوجها فان أسلم فهي زوجته وان أبى فرق بينهما .

جاء في البدائع(٢) : وان أسلمت المرأة لا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا ولكن يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم بقيا على النكاح ، وان أبى الاسلام فرق القاضي

---

(١) المحلى ١٠/١٤٣ .

(٢) البدائع ٢/٣٣٦ .

بينهما ، لأنه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت الكافر ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا في البقاء عليه .

٣ – وقال الحنابلة والشافعية والمالكية والجعفرية : ان كان اسلام الزوجة قبل الدخول فسخ النكاح في الحال بلا خلاف بينهم .

أما ان كان بعد الدخول فيتوقف حتى مضى العدة فان أسلم الزوج خلالها فهي زوجته وان لم يسلم فرق بينهما(١) ، مع خلاف يسير :

قال الحنابلة : اما اذا كان بعد الدخول فالمذهب أنه يعرض الاسلام على الزوج ما دامت في العدة وهناك روايتان اختار احداهما الخلال والثانية اختارها ابن تيمية .

جاء في المحرر (٢) : وان أسلمت الزوجة ... انفسخ نكاحهما اذ لم يكن دخل بها . وان كان اسلام أحدهما بعد الدخول وقف الامر على انقضاء العدة فان اسلم الثاني قبل انقضائها بقي نكاحهما والا تبينا انفساخه منذ اختلف الدينان .

وعنه ينفسخ في الحال كما قبل الدخول .

هذه الرواية الثانية عن أحمد اختارها الخلال فقد جاء في مسائل الخلاف التي خالف فيها الخرقي (المسألة ٥٨ وفيه رواية بتعجيل الفرقة كما لو كان قبل الدخول اختارها أبو بكر وشيخه لانه اختلاف دين فأوجب الفرقة)(٣) .

وفي الفروع(٤) : واختار شيخنا(٥) : فيما اذا اسلمت قبله بقاء النكاح قبل الدخول

---

(١) وحجتهم في هذا أننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون وفي عرض الاسلام على الزوج غير المسلم قد يكون فيه شيء من العرض لحرية دينه ولهذا فهو بالخيار إن شاء أسلم ويرجع إلى زوجته ، وإن بقي على دينه ومضت العدة بانت امرأته من يوم إسلامها . ولا يجوز أن يقربها في هذه المدة أبداً . اما الآخرون فقالوا ليس في عرض الإسلام أي تعرض لحرية الأديان إنما الغاية الابقاء على الرابطة الزوجية ما أمكن الى ذلك سبيلا .

(٢) المحرر ٢/٢٨ .

(٣) مسائل الخلال ص ٤٧ .

(٤) الفروع ٣/٨٢ .

(٥) هو الإمام تقي الدين ابن تيمية .

وبعده ما لم تتزوج غيره . والأمر في ذلك اليها ولا حكم له عليها ولا حق لها عليه لان الشارع لم يستفصل وهو مصلحة محضة[1] .

هذا الرأي لابن تيمية كما يبدو غريباً لان ترك المرأة بدو ن زوج على هذا الشكل وترك الخيار لها رأي انفرد به وقد حاولت ان أجد هذا النص في فتاوى ابن تيمية فلم أجده ولكني وجدته في الاختيارات العلمية :

« واذا أسلمت الزوجة والزوج كافر ، ثم أسلم قبل الدخول أو بعد الدخول فالنكاح باق ما لم تنكح غيره والأمر اليها ولا حكم له عليها ولا حق عليه لان الشارع لم يفعـــل وهو مصلحة محضة . وكذا ان أسلم قبلها » .

وهذا الرأي قال بمثله صاحب الروض النضير[2] قال بعد أن ذكر جميع الاراء ولكن الذي دل عليه حكمه صلى الله عليه وسلم : ان النكاح موقوف فان أسلم قبل انقضاء عدتها فهي زوجته وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت وان أحبت انتظرته فان أسلم كانت زوجته من غير حاجة الى تجديد نكاح .

ولا خلاف عند المالكية بأن الزوجة تبين من زوجها اذا أسلمت قبل الدخول وأما بعد الدخول فيعتبر اسلام الزوج رجعة ما دامت في عدة الاستبراء .

جاء في شرح الخرشي[3] : اذا تقدم اسلامها على اسلامه فالحكم أنه يقر عليها اذا أسلم في عدتها ، فان انقضت عدتها قبل اسلامه فقد بانت منه .

وعن ابن القاسم[4] : ان اسلام الزوج رجعة دون احداث رجعة .

وقال الجعفرية في المختصر النافع[5] : ولو اسلمت زوجته دونه انفسخ في الحال ان

---

(١) الاختيارات العلمية ص ١٣٣ .

(٢) الروض النضير ٦٧/٤ .

(٣) شرح الخرشي ٦٦/٣ .

(٤) مواهب الجليل ٤٧٨/٣ .

(٥) المختصر النافع ٢٠٣ وراجع في هذا الموضوع تذكرة الفقهاء ٦٦٠/٢ والاستبصار ١٨١/٣ والتهذيب ٢٠٠/٢ والكافي ٣٨/٢ .

كان قبل الدخول . ووقف على انقضاء العدة ان كان بعده .

وقال في الروضة البهية[1] : فان انقضت ولم يسلم تبين أنها بانت منه حين اسلامها . وان أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح .

هذا هو المشهور بين الاصحاب وعليه الفتوى .

ولا خلاف في الشافعية ان الزوجة اذا أسلمت بعد الدخول فللزوج الخيار في اسلامه ما دامت في عدتها فان أسلم فهي زوجته والا بانت منه وتعتبر الفرقة كما جاء في مغني المحتاج[2] من يوم اسلام الزوجة .

وقال ابن حجر[3] : « اذا أسلم في العدة يتزوجها » .

وجاء في المهذب[4] : « وان أسلمت المرأة والزوج يهودي او نصراني فان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وان كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة فان اسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة » .

اما الزيدية :

فقد سبق أن ذكرنا لهم رواية في مذهبهم بأن الزوجة الكتابية اذا أسلم زوجها فهما على نكاحهما . ولكن المذهب هو انه اذا أسلم أحد الزوجين الذميين فان الفرقة بينهما لا تقع الا بعد عرض الاسلام على الآخر دون تفرقة بين اسلام الزوجة او اسلام الزوج . أو بمضي مدة العدة على الزوجة .

جاء في التاج المذهب[5] : « وأما الذمية اذا أسلمت هي أو أسلم زوجها فان البينونة تقع بينهما بأحد أمرين :

---

(١) الروضة البهية ٢/٩٨ .
(٢) مغني المحتاج ٣/١٩١ .
(٣) فتح الباري ٩/٣٧٠ .
(٤) المهذب ٢/٥٥ .
(٥) التاج المذهب ٢/٨٠ .

١) أما بمضي مثل العدة لأنها لم تكن عدة حقيقية بل مدة انتظار سواء كانت مدخولة أم غير مدخولة .

٢) أو عرض الاسلام على الذي لم يسلم فامتنع فان البينونة تقع بامتناعه ولو لم تمض العدة » .

وقيل أنه لا يشترط عرض الاسلام على من لم يسلم من الزوجين .

فقد جاء في الروض النضير[١] : وذهب المؤيد بالله وخرجه للمذهب الى عدم اشتراط العرض لأن كون الشرط شرطاً حكم شرعي وصفي لا يثبت الا بدليل شرعي ، وما ذكر من الدليل اجتهاد صحابي لا ينهض بالحجة[٢] .

* * *

(١) الروض النضير ٤/٦٩ .

(٢) اجتهاد الصحابي الذي اشار اليه هو اجتهاد عمر لما رواه ابن سيرين : ان نصرانياً اسلمت امرأته فقال عمر إن اسلم فهي امرأته وان لم يسلم فرق بينهما فلم يسلم ففرق بينهما .

الاجتهادات القضائية

الفرقة طلاق وليس بفسخ :

في حكم لمحكمة المنيا(١) :

١) الذمية اذا أسلمت وأبى زوجها الذمي الاسلام بعد عرضه عليه فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة .

٢) التفريق في هذا المقام تطليق لا فسخ وهو طلاق ينقص العدد بحيث لو أسلم لا يملك عليها الا طلقتين .

لا تقع الفرقة بنفس الاسلام :

في حكم لمحكمة القاهرة(٢) :

واذا كان اسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه وامتناعه عن الاسلام موجب للفرقة بينهما ، فان الفرقة لا تقع وقت الاسلام ولكن بعده، لأن السبب في الفرقة ليس هو الاسلام وانما السبب فيها امتناع الزوج عن الاسلام وبعد أن تنتهي عدة الزوجة ، لاحتمال اسلام الزوج في أي وقت قبل انتهاء العدة فتظل زوجة له .

أما اذا اسلم الزوج فلا فرقة :

وفي حكم لمحكمة القاهرة(٣) : اذا عرضت المحكمة الاسلام على الزوج فقبل اعتناق الدين الاسلامي ونطق بالشهادتين وقرر أنه بريء من كل دين يخالف الدين الاسلامي لايكون للزوجة حق في طلب تفريقها منه .

---

(١) محكمة المنيا الجزئية الشرعية ١٩٥٣/١/٣ .

(٢) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٦/١٢/٢٣ .

(٣) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/٣/١٦ .

اذا كان الزوج غائباً :

في حكم لمحكمة اللبان الشرعية[1] : يعرض الاسلام على الزوج باسلام زوجته فاذا كان غائباً غيبة متقطعة وتعذر وصول العرض عليه فرق بينهما .

اذا أبى الاسلام فرق بينهما :

جاء في حكم لمحكمة الجمالية[2] : « اذا أسلمت الزوجة عرض الاسلام على الزوج فان أسلم بقيت الزوجية بينهما ، والا فرق بينهما لأنه لا يحل لغير المسلم أن يفترش المسلمة ، ولا يصح شرعاً أن تبقى من أسلمت في عصمة زوجها الذي أبى الاسلام ، لا فرق في التفريق ان كان قبل الدخول أو بعده .

في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[3] :

المقرر شرعاً أن الزوجين اذا كانا كتابيين في دار الاسلام وأسلم أحدهما فان أسلم الزوج فالنكاح باق ، وان أسلمت الزوجة لا تقع الفرقة بنفس الاسلام ، ولكن يعرض الاسلام على الزوج ، فان أسلم بقي النكاح وان أبى فرق بينهما بطلقة بائنة ، سواء أكان ذلك التفريق قبل الدخول أو بعده .

* * *

---

(١) محكمة اللبان الشرعية ١٣/٤/١٩٤٦ .
(٢) محكمة الجمالية الجزئية ١٨/ /١٩٤٨ .
(٣) محكمة القاهرة الإبتدائية ٣/٩/١٩٥٦ .

ما يعتبر به المرء مسلماً

اذا أسلم أحد الزوجين فهل للقاضي التدخل لمعرفة سبب إسلامه هل الدافع على ذلك هو التدين أم التلاعب للغش والاحتيال ، كما لو أراد التخلص من زوجه ؟ .. وبمعنى هل يكتفي القاضي باسلام أحد الزوجين في الظواهر الخارجية أم أنه يبحث عن البواعث لهذا التغيير .

يرى استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة بعد أن قرر أن الشريعة لا تنظر في الحكم على الشخص بالاسلام الا بالظاهر يقول[1] : ان النطق بالشهادتين يجب الا يقترن بما يدل على التكذيب كأن يعلن شخص اسلامه ، وهو لا ينقطع عن شعائر الدين الذي يعلن أنه تركه أو يعلن اسلامه وهو لا يزال يحمل الصليب فانه في هذه الاحوال ومـــا يشبهها لا يعد مسلما ، لان الشهادة القولية قد اقترن بها ما يكذبها .

وأنه يجب أن يتنبه القضاء الى ذلك ، ويتحققه ان بدرت بوادر تعلن مستور أمره وأنه يخفي ما لا يبديه .

ونحن وان كنا نوافق استاذنا على ما ذهب اليه من أنه اذا اقترنت بالشهادة ما يدل على البقاء على الدين القديم فلا يعتبر اسلاماً . الا أننا نقول ان هذا قل أن يحدث فالذي يعلن اسلامه لا يظهر عليه أي أثر يدل على تمسكه بالديم القديم . وقول استاذنا على القضاء أن يتحقق من ذلك ، فاننا نقول ان ما يبدر ممن يسلم من بوادر عوده الى دينه القديم هو أمر طارىء بعد اعلان اسلامه .

ويقول الاستاذ حلمي بطرس في كتاب الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين[2]

---

(١) الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص ١٠٠ .

(٢) الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين حلمي بطرس ص ٥٣ .

والواقع ان من يغير ديانته بديانة أخرى لمجرد التخلص من التزاماته التي كان قد ارتضاها بمحض اختياره لا يعتنق الديانة الجديدة ، انما يتظاهر بذلك غشاً وكذباً للتحايل على اهدار الحقوق المكتسبة للطرف الآخر .

واقراره على تصرفه في هذه الحالة ، معناه تشجيع الغش ومعاونة المتلاعبين بالاديان على التهرب من قانونهم الطبيعي الذي قصد المشرع أن تحكم به تصرفاتهم .

هذا يدل على ان قصد المؤلف أن يبحث القاضي في اسلام من يغير ديانته لمعرفة سبب ذلك منعاً للاحتيال . وكأنه يفترض ان كل من يغير دينه لا يقصد الا التهرب من حقوق مكتسبة للطرف الاخر .

وقد حاولت اللجنة الفرعية المكلفة بوضع مشروع قانون للاحوال الشخصية لغير المسلمين وضع مادة بهذا المعنى جاء فيها : لا يكون لتغيير أحد الزوجين ديانته غشاً أثناء قيام الزوجية أثر على الزواج ولا على الحقوق والالتزامات المترتبة عليه .

على ان اللجنة العامة للاحوال الشخصية حذفتها وكانت موضع نقد شديد من رجال القانون .

وقال الدكتور احمد سلامه[1] : بعد ان انتقد هذه المادة : وقد يهون الأمر اذا كان من اعتنق الاسلام هو الزوج ولكن ماذا يكون عليه القول لو أن التي أسلمت هي الزوجة ، هل تبقى زوجة لغير المسلم مع ان قواعد الشريعة الاسلامية ، التي تصل الى مرتبة النظام العام في هذا الصدد توجب التفريق بينهما .

* * *

ونحن نقرر ان اسلام الشخص لا يجوز لأي فرد أن يتدخل فيه لأنه أمر نفساني وعلى القاضي الحكم بالظاهر لا بما يخفى عليه .

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور احمد سلامة ١/٢٧٠ .

وهذا ما دلت عليه نصوص الفقهاء واجتهادات المحاكم[1] .

فقد جاء في فتاوى الرملي[2] : سئل هل يشترط في اسلام المرتد التلفظ بالشهادتين لظاهر بني الاسلام على خمس وغيره .

فأجاب : اذا ادعى على شخص أنه ارتد وهو ينكر لم أكشف عن حقيقة حاله بل أقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمداً رسول الله وان تبرأ من كل دين يخالف الاسلام .

وافتى السبكي : بأن من تلفظ بالكفر ثم جاء القاضي وتلفظ بالشهادتين كان له الحكم باسلامه من غير أن يبين له ما صدر منه .

وفي الفتاوي الحامدية[3] : هل تكفي الشهادتان أم لا بد من التبرىء من كل دين غير الاسلام ؟ ...

جاء في الدر المختار وفتاوى ابن نجيم : وافتى التمرياشي بأنه يحكم باسلامه اذا تلفظ بالشهادتين وان لم يتبرأ ولم يتابع .

وجاء في شرح الدواني على العقائد العضدية[4] .

التلفظ بالشهادتين شرط لاجراء الاحكام في الدنيا فلا بد من التلفظ علانية وعند الحكام .

وقال : ولما كان التصديق أمراً مبطناً اعتبر معه ما يدل عليه وهو التصديق اللساني في الاقرار .

وقال الغزالي في احياء علوم الدين[5] الدرجة السادسة أن يقول بلسانه لا اله الا الله

---

(١) جاء في فتاوي الرملي ٤٠/٤ : والمذهب الذي قطع به الجمهور أن كلمتي الشهادة لا بد منهما ولا يحصل الاسلام إلا بهما ومن أتى الشهادتين بكلمة تخالف معتقده حكم باسلامه فاذا قال لا إله إلا الله جعل مسلماً وعرض عليه شهادة الرسالة . فان أنكر صار مرتداً . واليهودي إذا قال محمد رسول الله حكم باسلامه .

(٢) فتاوي الرملي ٢٠/٤ .

(٣) الفتاوي الحامدية ١٠٠/١ .

(٤) شرح الدواني على العقائد العضدية الطبعة الاولى ١٣٢٢ المطبعة الخيرية وحاشية الشيخ محمد عبده —

(٥) الاحياء ١١٧/١ طبعة عيسى البابي .

محمد رسوالله ولكن لم يصدق بقلبه فلا نشك في أن هذا في حكم الاخرة من الكفار وأنه مخلد في النار ولا نشك في أنه في حكم الدنيا الذي يتعلق بالائمة والولاة من المسلمين لان قلبه لا يطلع عليه .

وفي التحفة العراقية في الاعمال القلبية لابن تيمية[١] :

ولهذا كان الاسلام شهادة ان لا اله الا الله وهي متضمنة عبادة الله وحده وترك عبادة ما سواه .

هذه نصوص مختلفة من كتب الفقه والفتاوي والعقائد تثبت على أنه ليس للقاضي البحث وراء نية المرء اذا ما أعلن اسلامه ، فالشهادة تكفي لاعلان الاسلام والله سبحانه وتعالى هو الذي يطلع على ما وراء ذلك .

وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية[٢] :

الاعتقاد الديني مسألة نفسانية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر الخارجية فقط .

فاذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسمياً فانه من وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعاً الا لاحكام الدين أو المذهب الجديد .

ولا ينبغي للقضاء أيا كانت جهته أن ينظر الا في توافر تلك المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناق هذا الدين أو المذهب الجديد . واذن فلا يصح التحدي من أحد الزوجين قبل الاخر بأن له حقـــاً مكتسباً في استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقاً للقانون الذي كان يحكم به قبل تغيير الزوج الاخر مذهبه .

وفي حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[٣] :

لا يجوز البحث عن الباعث على اعتناق الدين الجديد وفي هذه الحالة تتحدد الجهة القضائية وفق الديانة الجديدة ذلك لان الاعتقاد الديني مسألة نفسية محضة ولا يمكن لأي

---

(١) التحفة العراقية في الاعمال القلبية لابن تيمية ص ٩ المطبعة الخيرية .

(٢) محكمة النقض المصرية ١٩٣٦/١٢/٣ المجموعة القانونية ص ١١٨ ج ١

(٣) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/١٠/٢٧ صالح حنفي ٢١٦/٢ .

جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر والاجراءات الرسمية التي يتطلبها القانون بتغيير الديانة أو المذهب ومن يعتنق ديناً معيناً لا يسأل عن الباعث له على اعتناقه وتترتب الاثار الخاصة بتغيير الدين من وقت وقوعه بصرف النظر عن وجود التحايل أو عدم وجوده .

وفي حكم لمحكمة الاسكندرية[1] :

١) الاعتقاد الديني مسألة نفسية بحتة فمتى غير الانسان دينه أو مذهبه فلا يخضع من وقت التغيير الا لاحكام هذا الدين أو المذهب الجديد ولا يمكن لاية سلطة قضائية البحث فيها الامن جهة توافر المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناقه هذا الدين أو المذهب الجديد .

٢) ليس للمحكمة أن تبحث وراء الباعث له على سلوكه هذا المسلك .

٣) بمجرد اعتناق الشخص للاسلام يعطي أحكامه ولا يقبل فيه الدفع بالصورية أو الغش أو التدليس .

وهكذا فان القضاء قد استقر في مصر على عدم البحث عن الباعث على تغيير دين أحد الزوجين الى الاسلام . لان الاسلام قضية اعتقاد وايمان بالقلب والقاضي يحكم بالظاهر الذي يعتبر دليلاً على الباطن .

* * *

ماذا وراء البحث عن الباعث على اسلام احد الزوجين ؟ ..

يقول انصار مشروع قانون الاحوال الشخصية الذين نصوا على وجوب البحث عن الباعث على اسلام أحد الزوجين قبل حذف المادة المذكورة أن تغيير دين أحد الزوجين لا يكون غالباً ، الا للتخلص من الحياة الزوجية ، فاذا أسلم الزوج أو الزوجة سرعان ما يطلق الزوج زوجته أو تنفصل الزوجة عن زوجها بحكم القانون ، فيعود كل منهما الى

---

(١) محكمة الاسكندرية الإبتدائية الشرعية ٩ رجب ١٣٥٧ في ٤ سبتمبر ١٩٣٨ المحاماة س ١ ع ٢ .

دينه ، فهذا دليل على الغش والاحتيال والتلاعب بالاديان .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ان الزوج الاخر الذي بقى على دينه يتضرر من ذلك كما لو أسلم الزوج ولم يطلق زوجته . مثلا ، فأي ضرر أكبر من أن تعيش مسيحية تحت مسلم يختلف عنها في التفكير والعقيدة .

فأمامنا اذن أمران :

١) الحيلولة دون الغش والاحتيال في اسلام أحد الزوجين .

٢) رفع الضرر عن الزوج الآخر الذي بقي على دينه .

لنرى اذن علاج هذين الامرين في الشريعة الاسلامية باعتبارها القانون العام للاحوال الشخصية ، وانها القانون الواجب التطبيق في حال اختلاف دين الزوجين .

اولاً : الامر الاول

فقد تكفلت الشريعة الاسلامية بعلاجه علاجا حكيما يقضي فيه على التلاعب والتدليس وهو ان من يسلم ثم يتبين ان اسلامه لم يكن عن عقيدة ورجع الى دينه ، يعتبر مرتداً تطبق عليه أحكام المرتدين فيقتل ان لم يتب ولا يورث ولا يرث وتبطل جميع تصرفاته . واذا كنا اليوم لا نملك حد القتل باعتبار خضوعه لقانون اجنبي عن الشريعة الاسلامية فنستطيع أن نطبق عليه أحكام الاحوال الشخصية التي تخضع للشريعة الاسلامية فنبطل كل تصرفاته من زواج وطلاق وميراث ووصية .

وهكذا نجد ان العقوبة الفعالة التي تجعل احد الزوجين يفكر حينما يغير دينه : هل هذا التغيير عن عقيدة وايمان فيقدم أم أنه للاحتيال والغش والتدليس ، وأنه اذا عاد الى دينه فستطبق عليه أحكام المرتد فيحجم حينئذ .

فماذا يريد أنصار هذا الرأي أكثر من هذا ؟ .. اللهم الا اذا كانوا لا يريدون ان يغير أحـــد من الناس دينه ، ان في هذا ضمان لسوء النية في اسلام أحد الزوجين .

واني أنقل هنا بعض ما كتبه فضيلة الاستاذ المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم[1] في أحكا المرتدين :

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى العدد الاول ص ١٦ .

اذا تزوج مسيحي مثلا ثم أسلم الزوج وطلق زوجته المسيحية ، ثم تزوج باخرى مسلمة ثم بدا له أن يعود مسيحيا كما كان فان صنيعه هذا يعتبر في نظر الشريعة الاسلامية ردة منه على الاسلام الذي اختاره دينا له ، سواء أكان جادا في اختياره أم هازلا ، وعلى ذلك تبين منه زوجته المسلمة ، وترثه اذا مات وهي في العدة ، ولا يجوز له أن يتزوج بعد ذلك بأية امرأة كانت ، لا مسلمة ولا كتابية ولا ذات دين آخر ، ولا مرتدة لأنه أصبح لا ملة له في اعتبار الشرع الاسلامي .

وكذلك غير المسلمة سواء أكانت كتابية أم غير كتابية اذا أسلمت ثم رجعت عن الاسلام فانها تعتبر مرتدة لا ملة لها تقر عليها ، فلا يجوز لها أن تتزوج بأي انسان كان .

* * *

وها اني أورد مجموعة من أحكام المرتدين حكم بها القضاء المصري أمثلة على ذلك :

جاء في حكم لمحكمة المنصورة(١) :

النصوص الشرعية مجمعة على أن المرتدة لا دين لها وان عقد زواجها باطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزوجية ويجب عليها أن تفترق عمن تزوجها والا فرق بينهما القاضي .

وفي حكم آخر لمحكمة القاهرة الابتدائية (٢) :

المتفق عليه شرعا أن المرتد لا يرث غيره اطلاقا سواء كان والده أو غير والده .

وفي حكم لمحكمة الاسكندرية (٣) :

---

(١) استئناف المنصورة دائرة الزقازيق ١٩٥٨/٥/٢٨ .

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/٢/١٨ .

(٣) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٦/١٠/٧ .

اذا طلب الزوج المسيحي الحكم بطلاق زوجته التي كانت مسلمة وارتدت فطلبه لا يلتفت اليه شرعا اذ لا عقد ولا نكاح بينهما ، لان ما تم بينهما وقع والزوجة مرتدة ، والردة منافية للنكاح والطلاق رافع له ، وكل ما تملكه المحكمة ويجب عليها عمله هو الحيلولة بينهما لان معاشرتهما لا تقرها الشريعة الاسلامية .

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[1] :

اذا عقد الزوج وكان مسلماً ثم رجع عن الدين الاسلامي بعد ذلك واعتبر بذلك مرتداً فنجري عليه أحكام الردة في الشريعة الاسلامية ومن مؤداها الفسخ العاجل لعقد زواجه بلا قضاء للطلاق الصادر منه لا نه صدر في وقت لا يملك صاحبه فيه اصداره وبذلك يكون طلب الزوجة للطلاق في محله وكذا الحكم لها بمنع تعرض الزوج لها في أمور الزوجية ويتعين لها الحكم بذلك من تاريخ ارتداده .

وفي حكم أيضاً لمحكمة القاهرة الابتدائية[2] :

قالت فيه ان زواج المرتدة يقع باطلاً شرعاً .

وفي حكم لمحكمة طنطا[3] : المرتد لا دين له وزواجه باطل شرعاً ولو بمرتـدة مثله .

وأما الأمر الثاني : وهو عدم الحاق الضرر بالزوج الآخر الذي بقي على دينه والضرر غالباً ما يلحق بالزوجة أكثر من الزوج فاذا ما أسلم الزوج ، ولم يطلق زوجته فأننا نرى أن لها الحق في أن تطلب التطليق من القاضي حسب أحكام الشريعة الاسلامية .

ولقد اطلعت في هذا الموضوع على ثلاثة آراء :

الرأي الاول :

ان للزوجة أن تطلب التطليق للضرر الذي يصيبها من تغيير دين زوجها حسب أحكام

---

(١) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/١١/٢٣ .

(٢) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٨/٤/٢٧ وجاء في حاشية ابن عابدين ٤٠٧/٢ ولا يصح أن ينكح مرتد أو مرتدة أحد من الناس مطلقاً .

(٣) محكمة طنطا الجزئية الشرعية ٢٧ ذي القعدة ١٣٥٠ في ٣ ابريل ١٩٣٢ .

الشريعة الاسلامية اذا ما حاول الزوج التأثير عليها .

يقول الدكتور اهاب اسماعيل[1] : في الحالة التي يغير الشخص فيها ديانته ثم يبدأ في التأثير على زوجته لكي تغير من دينها بطريقة تأباها حريتها نستطيع أن نعتبر مثل هذا الأمر ضرراً يلحقة الزوج بزوجته تتعذر معه العشرة بالنسبة لامثالها وهذا كله يتم طبقاً للشريعة الاسلامية .

الرأي الثاني :

للزوجة أن تطلب التطليق بناء على أحكام شريعتها للنفور والضرر الناشيء المتولد عن اسلام زوجها .

يقول الاستاذان نمر وحبشي [2] : معاشرة الزوجة المسيحية لزوجها المسلم في هذه الحالة تصطدم مع عقيدتها الدينية اذ ان اعتقادها بأنه على خلاف في عقيدته يؤدي الى النفور منه والى تحذير الاولاد من اتباعه فيحل الشقاق والبغضاء بينهما محل المحبة والسلام وبذلك يتحقق الضرر .

الرأي الثالث :

لا يرى في اسلام الزوج ضرراً على الزوجة ولو حاول الزوج فرض الاسلام على زوجته وفق أحكام الشريعة الاسلامية .

يقول الدكتور شفيق شحاته[3] : « وقد ذهب رأي الى أنه يجوز الحكم بالتطليق اذا ارتد أحد الزوجين عن المسيحية بعد قيام الزوجية ولو كان ارتداده الى الاسلام تطبيقاً لحكم المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي يجيز للزوجة « اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها » .

ولكنا نرى ان في هذا التخريج تحميلا للنص أكثر مما يحتمل ، فالضرر الناشيء عن

---

(١) اهاب اسماعيل ص ٢٤٠ — ٢٤٢ .

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين نمر وحبشي ص ٣٢٨ .

(٣) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور شفيق شحاته ٤/٩٠ .

محاولة الزوج فرض الاسلام على زوجته ، ضرر في نظر الشريعة المسيحية ، وهو ليس كذلك في نظر الشريعة الاسلامية ؛ والفرض ان القاضي يطبق أحكام الشريعة الاسلامية .

رأينا في الموضوع

ان القانون الذي يطبق في هذه الحالة هو الشريعة الاسلامية لاختلاف دين الخصوم والشريعة الاسلامية تعترف بالضرر الناشيء عن اسلام أحد الزوجين بالنسبة للآخر ، فإذا ما قام الزوج بمحاولات لحمل زوجته على تغيير دينها ونشأ عن ذلك شقاق ونزاع وضرر فللزوجة أن تطلب التطليق للشقاق وللضرر لا لتغيير الدين ، لأنه قد يحدث العكس أي يسلم الزوج ويبقى مع زوجته دون أن يحاول فرض رأي أو عقيدة أو مبدأ معين على زوجته فأي ضرر بهذا ؟ ..

غير أننا نرى تمشياً مع المصلحة الز وجية وخاصة مصلحة الاولاد أن تطلب الزوجة التطليق أخذا من الشريعة الاسلامية نفسها – فقد قال جمهور الزيدية : اذا أسلم أحد الزوجين انفسخ النكاح بينهما[1] :

وفي هذا الحل ضمان لمصلحة الزوجين والاولاد لان الامر في حال تغيير الدين أثناء الزوجية يختلف في حال التعاقد على الزواج . لأنه وان كان يصح زواج المسلم بالكتابية ولكن هذا مبني على الرضا التام من الزوجين بدين كل منهما أما طروء تغير الدين أثناء الزواج ، فالأمر فيه يختلف .

وعلى هذا فللزوجة اذا ما أسلم زوجها أن تطلب التطليق من القاضي وعليه أن يجيبها الى ذلك .

* * *

ومما تقدم يتبين لنا أنه لا يجوز للقاضي التدخل لمعرفة الباعث على سبب تغيير أحد الزوجين دينه سواء كان لنية حسنة أم كان للغش والاحتيال .

---

(١) البحر الزخار ٣/٧٠ .

وان لنا من نظام المرتد في الشريعة الاسلامية ما يحول دون التلاعب بالاديان والتغيير من دين الى دين وذلك بتطبيق العقوبات المقررة على المرتد من حرمانه من الميراث والزواج والطلاق الى آخر ما هنالك من أحكام زاجرة تجعل الشخص حين يقدم على تغيير دينه يفكر طويلا بالنتائج التي سوف تترتب على عمله .

وقد رأينا المحاكم كيف تسير في أحكام المرتدين ولهذا فأننا نرفع صوتنا مطالبين بعدم الاستجابة لتلك المطاليب التي تريد أن تجعل من القاضي مشرفا على قلب المرء لتعرف هل اسلامه عن نية حسنة أم عن غش واحتيال .

كما نعطي للزوجة التي تقيم على دينها فيما لو أسلم زوجها حق طلب التطليق حسب أحكام قواعد الشريعة الاسلامية أخذا من المذهب الزيدي الذي لا يجيز جمهورهم نكاح الكتابية ويفسخون عقد الزواج فيما لو طرأ تغيير دين أحد الزوجين أثناء الحياة الزوجية.

ولا يجوز في رأينا جعل أساس هذا التفريق الضرر لان اسلام الزوج لا يعتبر ضرراً بالزوجة في دولة دينها الرسمي هو الاسلام .

* * *

المبحث الثاني
اثر تغيير الدين في اليهودية والمسيحية

الفرع الاول

اثر تغيير الدين في اليهودية على الزواج :

يشترط لصحة الزواج في شريعة اليهود ان يكون الزوجان من دين واحد ومذهب واحد فان اختلفا ديناً أو مذهباً فالعقد باطل .

ومصدر ذلك ما جاء في الآية الثالثة من الاصحاح السابع من سفر تثنية الاشتراع : « ولا تصاهرهم ، بنتك لا تعط لابنه وبنته لا تأخذ لابنك » .

جاء في المادة ١٧ من كتاب الاحوال الشخصية لطائفة الربانيين : الدين والمذهب شرط لصحة العقد فاذا كان أحد الاثنين من غير الدين او من مذهب اخر فلا يجوز العقد بينهما والا كان باطلا .

أما اذا طرأ تغيير الدين أثناء الزواج كأن يسلم أحد الزوجين أو يتنصر فالفرقة تقع بينهما بمجرد الردة عند طائفة القرائين . أما عند الربانيين فلا بد من الطلاق والعقد قائم ما لم يطلق الزوج .

جاء في شعار الخضر للقرائين(١) : المرتد زوجها حل للكل بلا طلاق .

ونصت المادة ٣٢٣ للربانيين : اذا اعتنق أحد المتعاقدين ملة أخرى فلا يزال عقدهما قائماً حتى يحصل الطلاق .

---

(١) شعار الخضر ص ٨٨

الفرع الثاني

اثر تغيير الدين في المسيحية على عقد الزواج

الاقباط الارثوذكس

لا يجوز الزواج مع اختلاف الدين حسب ما جاء في قوانين ابن لقلق حيث نص على ان لا يتزوج مؤمن بغير مؤمنة [1] .

غير ان ابن العسال شرح الامر اكثر وضوحاً فقال : « للرجل المؤمن ان يتزوج بغير المؤمنات بشرط دخول الزوجة في الايمان . فاما النساء المؤمنات فلا يتزوجن بالرجال الخارجين عن الايمان لئلا ينقلوهن الى مذاهبهم ويخرجونهن من الايمان [2] » .

وجاء في الخلاصة القانونية [3] : « واما الاسباب الاخرى فتمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله وهي ثلاثة : عدم النصرانية . وزنا المرأة المشتهر المحقق . والارتباط بشكل الرهبنة » .

ونصت المادة ٢٣ من مجموعة ١٩٥٥ ، للاقباط الارثوذكس : لا يجوز الزواج لدى الكنيسة القبطية الارثوذكسيين إلا بين مسيحيين ارثوذكسيين .

---

(١) ملحق المجموع الصفوي ص ٤٤١ .

(٢) المادة ٩٦ من المجموع الصفوي .

(٣) الخلاصة القانونية ص ٢٤ .

وفي هذا يقول الاستاذ حلمي بطرس [1] : « من القواعد المقررة في القانون الكنسي لجميع المذاهب المسيحيةان زواج الشخص المسيحي بشخص غير مسيحي باطل مطلقاً».

ولكن الدكتور شفيق شحاته يقول بعد أن أورد نصوص ابن لقلق وابن العسال السابقة :

« ويتضح من هذه النصوص ان المانع يقوم في الشريعة القبطية عندما يكون الزوج غير مؤمن ، وهو لا يقوم اذا كان غير المؤمن هو الزوجة [2] » .

هذا اذا كان اختلاف الدين حين عقد الزواج ، أما اذا طرأ تغيير الدين اثناء الزواج فقد قال ابن العسال [3] :

« وان كان اخ له امرأة ليست بمؤمنة وهي تحب ان تقيم معه فلا يتركها ، وان كانت امرأة من أهل الايمان لها زوج غير مؤمن ويحب الرجل ان يقيم معها فلا تفارق بعلها فان الرجل الذي لا يؤمن يطهر بالمرأة المؤمنة والمرأة التي لا تؤمن تطهر بالرجل ... فان أراد الذي لا يؤمن منهما الفرقة فليفارقه صاحبه » .

وجاء في المادة ٥١ من قانون ١٩٣٨ : اذا خرج احد الزوجين عن الديانة المسيحية وانقطع الامل من رجوعه اليها جاز للزوج الآخر طلب الطلاق » .

أما مجموعة ١٩٥٥ – للاقباط الارثوذكس فقد خالفت ذلك ، اذ نصت في المادة ٤٩

« ينفسخ الزواج اذا خرج احد الزوجين عن الدين المسيحي » .

ويعلق الاستاذ تادرس ميخائيل على ذلك بقوله [4] :

« وهذا مبني على ما يعتقده المسيحيون من ان الزواج سر مقدس فاذا خرج الزوج عن دينه اصبح مهدداً لا في عقيدته فحسب بل وفي كيان الزوجية [5] » .

---

(١) الاحوال الشخصية حلمي بطرس ٢١١ .

(٢) شفيق شحاته ٤/٧٥ .

(٣) المجموع الصفوي م ٩٩ .

(٤) الاحوال الشخصية تادرس ميخائيل ص ١٠٢ .

(٥) جاء في كتاب اسرار الكنيسة السبعة ١٩٠٩ : قال بولس الرسول : أيها الرجال أحبوا نساءكم كما أحب المسيح أيضاً الكنيسة – وعلى هذا المعنى يكون الزواج سراً عظيماً .

الروم الارثوذكس

وكذلك جاء في المادة ١٤ للروم الارثوذكس : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق في حالة ارتداد احد الزوجين عن الديانة المسيحية .

الارمن الارثوذكس

جاء في المادة ٤٢ من قانونهم : يجوز لاحد الزوجين ان يطلب الطلاق اذا ارتد الزوج الآخر عن دينه .

ومن هذه المواد نلاحظ ان التفريق بين الزوجين لتغيير دين احدهما هو امر اختياري بالنسبة لمن بقي على دينه فان شاء الرضا بما حصل فالزواج باق والا فله حق طلب التطليق .

التحول من مذهب لاخر

اذا تحول المسيحي من مذهب الى آخر فلا ينفسخ النكاح عند الاقباط الارثوذكس . اما عند الكاثوليك فيعتبر من اسباب الانفصال الجسماني حسب ما جاء في القانون ١٢٠ من الارادة الرسولية .

البروتستانت

ونصت المادة ١٨ من قانون البروتستانت على انه لا يجوز الطلاق الا في حالتين :

١) زنا احد الزوجين .

٢) اذا اعتنق احد الزوجين ديانة اخرى غير الديانة المسيحية ، وطلب الزوج الآخر الطلاق .

ونصت المادة ١٩ : لا يحكم بالطلاق الا لصالح الزوج الذي بقي على دينه .

ملحق

وقبل ان اختم بحثي فاني اضع بين يديّ القارىء الكريم هذا الملحق لأبين فيه نسبة الطلاق وما يشاع حولها ، وما هي حقيقة الأمر ، وهل صحيح ان الطلاق مدرسة للمشردين تزداد نسبة التشرد بازدياد حوادث الطلاق ؟ ..

في الجمهورية العربية المتحدة

عدد المتزوجين والمطلقين

	عدد المتزوجين	عدد المطلقين
عام ١٩٥٨	٢٢٨٠١٨	٦٠٠٤٤
عام ١٩٥٩	٢٢٠٥٥٧	٦٠٧٧٥

وسندرس اسباب الطلاق بالنظر الى اعتبارات عدة :

بالنظر الى المتسبب في الطلاق

عام	اسباب الطلاق من الزوج	اسباب الطلاق من الزوجة	اسباب مشتركة
١٩٥٨	٢٠٤٨٩	٩٩٦٩	٢٩٥٨٦
١٩٥٩	٢٠٤٤٦	٩٣٠٣	٣١٠٢٦

اي ان عدد حوادث الطلاق التي تسبب بها الزوج في عام ١٩٥٨ هي ٢٠٤٩٨ من اصل عدد المتزوجين لنفس العام ٢٢٨٠١٨ وفي عام ١٩٥٩ هي ٢٠٤٤٦ من اصل ٢٢٠٥٥٧ .

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٨	عدد المطلقين	النسبة المئوية	عام ١٩٥٩ عدد المطلقين	النسبة المئوية
لا أولاد	٤٣٧٧٤	٧٢,٩	٤٤٠٣٣	٧٢,٥
ولد واحد	٩٥٢٧	١٥,٩	٩٥٠٤	١٥,٦
ولدان	٣٥٨٤	٦	٣٨٠٢	٦,١
ثلاثة اولاد	١٧٦٦	٢,٩	١٨٨٩	٣,١
اربعة اولاد	٧٨٥	١,٣	٨٦٤	١,٤
خمسة اولاد	٧٨٥	١,٣	٨٦٤	١,٤
أكثر من خمسة اولاد	٣٥٨	٠,٦	٣٨٠	٠,٦

بالنظر الى مدة الزواج

عام ١٩٥٩	العدد	النسبة المئوية	عام ١٩٥٨ العـــدد	النسبة المئوية
خلال ٦ شهور				
من الزواج	١٥٧١٩	٢٦,٣	١٦٥٢٥	٢٧,٢
خلال سنة	١٠٧٣٣	٢٦,٣	١٩٨٨٩	١٧,٩
خلال سنتين	٧٥٤٧	١٢,٦	٧٣٩٦	١٢,٢
ثلاث سنين	٥٣٠١	٨,٨	٥٠١٣	٨,٣
اربع سنوات	٣٨١٩	٦,٤	٣٨٣١	٦,٣
خمس سنوات	٢٨٢٨	٤,٧	٢٨٢٦	٤,٦

بالنظر الى عدد المطلقين في العاصمة وبقية المدن

عام ١٩٥١	عدد المتزوجين	حوادث الطلاق	النسبة
القاهرة	٣٢٨٩٥	١٤٥٧٣	٤٥
الاسكندرية	١٣٥٨١	٥٠٩٨	٣١
البحيرة	١٧٠٣١	٢٦٥٥	١٥
اسيوط	١٧٨٨٠	٣٤٤٦	١٨

الجمهورية العربية السورية

عدد المتزوجين والمطلقين

	عدد المتزوجين	عدد المطلقين
عام ١٩٥٧	٣٠٥٢٤	٢٢٤٨
عام ١٩٥٨	٣٧٥٩٦	٢٨٤٩

بالنظر الى المتسبب في الطلاق

	اسباب الطلاق من الزوج	اسباب الطلاق من الزوجة
عام ١٩٥٨	٢٣٩٤	٤٥٥

بالنسبة الى مهنة الزوج

عام ١٩٥٨ عدد المطلقين من العمال ١٤٦٨

بالنظر الى مهنة الزوج

من الموظفين	٤٠٥
من التجار	١١١
مهن حرة	٥٣٣
من الملاك	٣٣٢

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٨	لا اولاد للمطلقين	١٨٨٩
	ولد واحد	٤٦٣
	ولدان	٢٢٢
	ثلاثة اولاد	١١٨
	اربعة اولاد	٨٧
	٥ فأكثر	٦٠

بالنظر الى مدة الزواج

عام ١٩٥٨	مدة الزواج اقل من سنة	
	عدد حوادث الطلاق	٢٦٢
	١ — ٢	٧٢٢
	٣ — ٤	٤٦٤
	٥ — ٩	٥٣٧

بالنظر الى عدد المطلقين بالعاصمة وغيرها من المدن

	عدد المطلقين	من اصل متزوج
مدينة دمشق	١١٦٨	٦١٥٩
محافظة دمشق	٣٣٦	٤٦٦٤
حمص	٢٣٦	٢٦١٤
حماه	١٢٤	٢٢٨٨٥
حلب	٦٥٤	١١١٥٧
الحسكة	١٤	١٢٩٨
السويداء	١٧٠	١٥٧٥
درعا	٦٠	٢٧٠٥

عدد المتزوجين والمطلقين من ١٩٦٣ ـ ١٩٦٦ حسب المحافظات السورية

	الزواج				الطلاق			
المحافظة	١٩٦٣	٦٤	٦٥	٦٦	٦٣	٦٤	٦٥	٦٦
المجموع العام	٣٠٣٦٣	٣٤٧٧٦	٣٤٦١٩	٣٥٦٥٣	٣١٩٨	٣١٧٣	٣١٩٧	٣٢٠٣
مدينة دمشق	٥٧١٤	٦٣٤٩	٦١٢٠	٥٩٤٦	١١٤٩	١٢٠٤	١٠٩٥	١١٨٢
محافظة دمشق	٢٤٧٠	٢٧٥٠	٢٧٩٣	٢٧٢٥	٢٢٨	٢٢٨	٢٣٠	٢٣٩
مركز المحافظة	٣٠٨	٣٩٤	٦٩٥	٥٨٣	٢	٣	٢٥	٢٤
دومـــا	٨٤٩	٩٢٥	٦٤٣	٦٠٠	١٢٥	٨٦	٦٠	٦٧
محافظة حمص	٢٥٨٤	٢٩٤٦	٣٢٣٢	٣٤٠٨	٢١٩	٢٣١	٢٤٦	٢٥٣
» حماه	٢٥٤٠	٢٩٨٩	٣٤٨٣	٣١٣٧	٢٢٤	٢٠٠	١٨١	١٣٨
» اللاذقية	٣٤٣٦	٤٧٠٧	٥٠٢٢	٥٥٢٢	١٩٨	٢١١	٢٥٩	٢٤٧
» أدلب	٢٦٨٧	٢٦٠٣	٢٥٢٥	٢٤١٩	١٧٣	٢٠٥	١٩٥	١٦١
محافظة حلب	٦٣٤٨	٧١٧١	٦٠٢٣	٦٥١٨	٥٩٧	٥٩٢	٥٦٥	٥٦٣
» الرقه	٢٤٠	٥٥٧	٥٩١	٤٧٨	٧	٢١	١٤	٧
» دير الزور	٧٨٤	٨٨٣	٩٦٢	١١٥٢	٦١	٧٨	١٠٩	١٠٩
» الحسكه	٦٢٩	٤٦٨	٤٦٧	٤٥٤	١٧	٢١	١٧	١٦
» السويداء	١٣٥٤	١٢٣٤	١٣٧٦	١٤٦٣	١٧٨	١٤٨	١٦٧	١٦٨
» درعا	٩٥٦	١٢٣٨	١٢٢٧	١٦٠١	٦١	٧٧	٦٩	٧٠
» القنيطرة	٦٢١	٨٨١	٧٩٨	٨٣٠	٤٥	٥٧	٥٠	٥٠

عدد حوادث الطلاق بالنسبة للمهنة ومدة الزواج وعدد الاولاد لعام ١٩٦٦

المجموع ٢٩٠٠

بالنسبة للمهنة	العدد
عامل زراعي	٥٢٤
عامل عادي	٩٦٠
موظف	٤١٩
تاجر	٤٩١
مهنة حرة	٨٢٣
مالك	١٦
لا يعمل	٧١

بالنسبة لمدة الزواج

أقل من سنة	٨١٠
١ — ٢	٦٧٤
٣ — ٤	٥٠٦
٥ — ٩	٤٣١
١٠ — ٢٠	٣٤٣
٢١ فأكثر	١٦٦

بالنسبة لعدد الاولاد

لا أولاد لهم	٢٠٠٨
١	٣٨٦
٢	١٩٨
٣	١٣٢
٤	٧٨
٥	٩٨

المملكة الاردنية الهاشمية

	عدد المتزوجين	عدد المطلقين
عام ١٩٥٦	١٢٢١٦	١٩١٥
عام ١٩٥٧	١٦٩٩٣	١٨٢٥

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٧	عدد المطلقين من لهم اولاد	١٥٤
	عدد المطلقين من ليس لهم اولاد	١٦٧١

بالنظر الى مدة الزواج

		عدد حوادث الطلاق
عام ١٩٥٧	مدة الزواج أقل من سنة	٢٨٢
	١ — ٤	٢٨٠
	٥ — ٩	٣٢٣

بالنظر الى عدد المطلقين بالعاصمة وغيرها من المدن

	عدد المطلقين	من أصل متزوج
محافظة العاصمة	٥٠٣	٢٦٦٢
البلقاء	١١١	٩٧٧
عجلون	٢٣٦	٣٦٤٣
الكرك	١٠٨	٦٧٥
معان	٢٩	١٢٨
القدس	٤٠٢	٣٧٨٣
نابلس	٢٢٧	٤١١١
الخليل	١٠٩	١٥٩٠

* * *

ملاحظات واقتراحات

١ — يلاحظ أن نسبة الطلاق في مصر أعلى نسبة من أي بلد آخر . وسبب ذلك في رأيي لا يعود إلى نظام الطلاق لأنه تشريع موحد تقريباً في جميع البلاد العربية ، فلو كانت هذه النسبة موجودة في جميع البلدان العربية لقلنا ان سبب انتشار حوادث الطلاق يعود إلى التشريع نفسه ، أما وأن الأمر على خلاف ذلك فيجب أن نبحث عن أسباب هذه الزيادة الفاحشة في مصر وحدها لنعرف أسباب ذلك .

٢ — إن أسباب الطلاق قد تعود إلى الزوج أو الزوجة أو كليهما ، فالزوج حين يتسبب بالطلاق أو يطلق هو المسؤول في هذه الحالة فقط ، أما الطلاق بناء على طلب المرأة أو بناء على اتفاق الزوجين فلا يرى عليه أي نقد طالما ان الأمر تم باذن القاضي وبحكمه ، أو باتفاق الزوجين .

وفي رأيي أن ما يوجه اليوم من نقد إلى الطلاق فيجب أن يكون محصوراً في دائرة الطلاق بارادة الرجل المنفردة ، وهـــذا قليل جداً إذ يكاد لا يتجاوز ٥ بالمئة من عدد المتزوجين .

وهذا العدد من المطلقين يشمل المطلقات قبل الدخول وهذا لا ضرر فيه كما يشمل الطلاق الرجعي حيث يراجع الزوج زوجته .

وقد اجرى احصاء في دائرة إحدى محاكم الاحوال الشخصية في القاهرة وهي مصر القديمة أكبر المناطق التي يكثر فيهـــا الطلاق لكثرة العمال فيها ، فتبين من الاحصاء انه إذا انزل من عدد الطلاق عدد الطلاق قبل الدخول وعدد الرجعات وعدد الزواج المستأنف بين رجل وامرأة كانا قـــد افترقا في الطلاق فتبين ان الباقي لا يتجاوز ٢ بالمئة من وقائع الزواج[١] .

---

(١) تنظيم الاسلام للمجتمع محمد ابو زهرة .

٣ ـ وأما بالنظر إلى أولاد المطلقين ، فيلاحظ أن معظم حوادث الطلاق ممن ليس لهم أولاد وان نسبة الطلاق تنخفض كلما زاد عددالأولاد .

حتى يمكن القول كما يدل الاحصاء على أن ٧٥ بالمئة من المطلقين من لا أولاد لهم وهذا يدلنا على أمرين :

١) وجود سبب للطلاق وهو عدم انجاب الأولاد .

٢) الرد على من يقول إن الطلاق من أسباب التشرد للأطفال ، وهنا كان بودي أن أتمم هذا البحث بدراسة مفصلة عن المشردين وجرائمهم وان معظم المشردين ممن فقدوا آباءهم وأمهاتهم وأقل نسبة من المشردين هي ممن كان من أبوين مطلقين[١] .

إذن فالطلاق ليس مصنعاً للتشريد ، ومن أراد أن يهتم بدراسة المجتمع فليبحث عن أسباب التشرد من سوء الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية فلا دخل للطلاق في ذلك[٢] .

---

(١) علم الاجتماع الجنائي للدكتور حسن الساعاتي ص ١٠٩ .

(٢) لا بد لي من ان أشير إلى أن الدراسات السطحية هي التي تقرر ان الطلاق يؤدي الى التشرد ولكن الدراسات الصحيحة العميقة التي تستند الى الاحصاءات الرسمية تدلنا على ان نسبة المشردين من آباء او امهات مكلفين نسبة ضئيلة جداً ، بل ان هذه النسبة ترتفع في اوربا نتيجة الانفصال الجسماني في بلاد تحرم الطلاق .

ان في نظام الاسلام من رعاية لحقوق الاطفال من اوليائهم ومن اقربائهم ما يحول دون التشرد ، ومن عرف نظام الولاية على النفس ونظام النفقات في الفقه الاسلامي يدرك تماماً عناية المشرع الاسلامي في حفظ كيان الاسرة وخاصة حقوق الاطفال .

ومما يؤكد ذلك قلة عدد حوادث المشردين في القرى والريف نظراً لترابط الاسرة وقيام كل فرد بواجبه نحو الآخر وتدل الاحصاءات على ان نصف عدد المشردين من أسر غير مفككة اي مع وجود أبوين للتشرد .

واما التشرد في الأسر المفككة فردها عوامل كثيرة منها وفاة الوالدين او احدهما ، او في حال غيبة احد الوالدين او سجنه او مرضه ، وفي كثير من الحالات ينشأ التشرد بسبب الفقر او الشقاق والخلاف الناشيء بين الابوين كما ينشأ عن الطلاق ايضاً .

وقد قام المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية في القاهرة بدراسة على ٥٨٩ مشرداً فتبين ان ٪ ١٠ منهم من والدين مطلقين .

ولكن هذه النسبة لم تشر الى ان هذا الطلاق هل أدى الى انفصال الزوجين ام تمت الرجعة بينهما . وقد ذكرنا ان النسبة تتضاءل حتى لا تصل الى ٪٢ ممن يتم الانفصال الزوجي بينهما بدون رجعة .

ان من يهتم بدراسة المشردين ووجود الحلول لانقاذهم مما هم فيه فليعد الى الشريعة الاسلامية حيث يجد الضمان الكافي للطفولة المشردة .

كما عليه ان يدرس احوال المجتمع من فقر ومرض وجهل برفع المستوى الاجتماعي الملائم لكرامة الانسان لا ان يهاجم نظام الطلاق في الاسلام ، لأنه مما يتهم به بريء ... =

٤ — ان نسبة الطلاق ترتفع في المدن عنها في الريف ، وهذا ما نلاحظه من حوادث الطلاق في العاصمة فانها نسبة هائلة بينما تنخفض في المدن الصغيرة البعيدة عن صخب المدنية وضوضاء الحضارة .

٥ — تختلف نسب الطلاق باختلاف المستوى المهني والاجتماعي والثقافي ، فهي لدى العمال مثلاً أكثر من غيرهم ، كما انها تنخفض لدى المثقفين والتجار بشكل ملموس[١] .

٦ — ان ارتفاع نسب الطلاق هو في السنين الأولى من الزواج ، ولكن نلاحظ أن هذه النسبة في مصر بصورة خاصة في الأشهر الأولى ، مما نستدل به على أن هذا الزواج ، تم على خطأ في الاختيار والتسرع ، ولم يكن عن دراسة وتأمل ، وإلا لما فشل بهذه السرعة .

وهذا يؤيد ما قلته آنفاً إلى أن ارتفاع نسبة الطلاق في مصر تعود إلى البيئة الاجتماعية وإلى الظروف الاقتصادية وإلى تفشي روح الحضارة في معظم المدن الكبيرة ، ولا دخل للتشريع في كثرة حوادث الطلاق .

= اعتمدنا في هذا على تقارير من المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية (١٩٦١) وخاصة : تقارير الاستاذ الكبير المحقق الشيخ محمد ابو زهرة . والدكتور سيد عويش ، والدكتورة عنايات زكي .

(١) دراسات في الاجتماع العائلي للدكتور مصطفى الخشاب ص ١٦٠ .

خاتمة البحث

من هذا البحث الذي عرضنا فيه جانباً من نظام الطــلاق في الإسلام ، رأينا كيف ان الشارع حرص على وحدة الأسرة وعدم تفككها فشرع لبوادر الشقاق بين الزوجين حلولاً عملية يجب على كل زوج اتباعها إذا ظن انه لا يقيم حدود الله فيما أمره .

فلكل من الزوجين أن يعظ الآخر وأن يهجره وأن يؤدبه كما جاء في القرآن الكريم حرصاً على بقاء الزوجية وكيان الأسرة سليماً .

فإذا استفحل الخلاف والشقاق بين الزوجين أمر الشارع بالتحكيم فيختار كل منهما حكماً لحل المشاكل الناشئة بينهما .

وإذا تبين للحكمين المتسبب في الشقاق أمراه بالرجوع إلى صوابه وذكراه بحقوق الله في صاحبه ـ إذا رغب الطرف الآخر عدم الفرقة ـ وأن الله سبحانه وتعالى أمر الزوجين الصبر حتى مع الكراهية فقال : « فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً »[1] .

أما إذا لم يجد التحكيم واستمر النزاع بين الزوجين كنا بين أمرين : أما حياة يملؤها الشقاق والخلاف وسوء التفاهم ، وأما انفصال يجد فيه كل من الزوجين سعادته وهناءه : وان يتفرقا يغن الله كلاً من سعته .

---

(١) روى الزمخشري في تفسيره آية : وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً ...
« ان عمران بن حطان الخارجي كان من أذم بني آدم وامرأته من أجملهم . فأجالت في وجهه نظرها يوماً ثم تابعت الحمد لله . فقال : ما لك ؟ .. قال حمدت الله على اني واياك من أهل الجنة قال كيف .. قال لانك رزقت مثلي فشكرت ، ورزقت مثلك فصبرت . وقد وعد الله الجنة عباده الشاكرين والصابرين » .
وعمران ممن خرج له البخاري في صحيحه . ولما مات سئلت زوجته عن ترجمته . فقالت : أوجز ام أطنب ؟ .. فقيل : أوجزي . فقالت : ما قدمت له طعاماً بالنهار ، وما مهدت له فراشاً بالليل . تعني انه انه كان صواماً قواماً رحمه الله . تفسير القاسمي ١٥٩٧/٥ .

هذه الفرقة التي تحدث بين الزوجين هي العلاج الاخير حين استعصى كل علاج سواه وإذا قررنا ذلك كان لا بد لنا من أن نبحث عمن يملك هذه السلطة ، ومن يقدر ظروف هذه الحياة التي تعذر استمرارها ؟

قرر الإسلام ان لكل من الزوجين حق التفريق ، كما ان القاضي يملك هذا الحق عن طريق فسخ النكاح بينهما بناء على طلب أحدهما .

فلكل من الزوجين أن يطلب التفريق من القاضي في حالات عدة ذكرناها بالتفصيل كما ان كلاً من الزوجين يملك حق الطلاق في شروط معينة .

دور الزوج :

فالرجل يملك حق الطلاق على ان يكون ذلك ضمن حدود الشرع وقيوده :

وأهم القيود بالنسبة لطلاق الرجل يمكن ايجازها بالشكل التالي :

١ ــ من حيث القصد : لا يقع طلاق الرجل إلا إذا كان يقصد الطلاق ، فلا طلاق من مكره ، ولا من سكران ، ولا من هازل ، ولا من غضبان ملك عليه الغضب ارادته .

٢ ــ ومن حيث اللفظ : لا يقع الطلاق إلا بلفظ صريح يدل على معنى الطلاق .

ولا يقع إلا الطلاق المنجز لأنه هو الذي يدل على قصد المطلق وانه جاد في طلاقه .

ولا يقع الطلاق أكثر من طلقة واحدة مهما تكرر اللفظ أو اقترن به من عدد .

٣ ــ ومن حيث الوقت : لا يقع الطلاق في كل وقت ، فليس الزوج حراً في ايقاع طلاقه متى شاء أو أراد بل قيد الشارع ذلك بأن حدد للمطلق وقتاً لا يقع الطلاق بغيره ، وهو أن تكون الزوجة في طهر لا جماع فيه ، ولا في الحيض الذي قبله طلاق ولاجماع . وهذه حكمة الشارع الذي انفرد في هذا النظام ، وعلة ذلك أن يكون الطلاق في وقت الرغبة لا في وقت النفرة فقد يخشى أن يقع الطلاق لغير الطلاق فقد ينفر الزوج من زوجته في وقت عدم قربانها ، أو يمل في وقت قربها .

لهذا حدد له وقتاً مخصوصاً وهو أن تكون في وقت الرغبة فاذا طلق دل على انه يقصد الطلاق عن تفكير وتصميم لا عن كره موقت أو حاجة عارضة قد تزول .

٤ ــ ومن حيث التوثيق والتروي : فقد أوجب الشارع أن يكون الطلاق أمام شاهدين يسمعان صيغة الطلاق ويفهمان ذلك . وذلك لحرص الشارع على تعويق المطلق ما أمكن لذلك سبيلاً .

٥ ــ ومن حيث الانابة : فلا يجوز للزوج أن يفوض لغير زوجته أمر طلاقها ، إذ أن الطلاق أمر شرعه الله للزوجين لا لغيرهما ، فالزوج يطلق ، والزوجة تطلق نفسها في حالات عدة منها أن يفوض اليها زوجها أمر الطلاق ، فإذا فوض الزوج لزوجته أمر طلاق نفسها جاز ذلك ، أما تفويض الطلاق إلى الغير فلا يجوز .

هذه أهم القيود التي وضعها الشارع في طريق المطلق لا للحجر على ارادته ، لأنه يملك هذا الحق بارادته المنفردة ، ولكنها اجراءات تعوق المتسرع من المطلقين ليكون الطلاق عن دراسة وقصد اليه لا عن نزعة طيش وهوى سرعان ما يزول ، فاذا توفرت هذه الشروط فالرجل يطلق دون اذن القاضي أو غيره إذ لا يجوز لأحد غير الزوجين أن يتدخل في أمر الطلاق .

ثم إذا توافرت هذه الأمور ، ومر الزوج بهذه المراحل كلها ، فطلق زوجته ، فهل انتهى الأمر وبانت الزوجة إلى حيث لا رجعة ؟

لا ... إن نظرة العطف لا تزال ترعى المرأة ، فالزوج إذا تعسف فطلق لغير سبب ، الزم بتعويض الزوجة تعويضاً يتلاءم مع مقدار ما أوقعه الطلاق في نفسها من إيحاش وألم ومصيبة ، وما تركه من بؤس وفقر وحاجة .

والزوجة مع هذا لا تزال في عصمته ، فالطلاق في الإسلام رجعي ، يملك الزوج ان يراجع زوجته بفعل أو قول يدل على ذلك .

فما دامت الزوجة في العدة ، والعدة ثلاثة أقراء ، جعلها الشارع ثلاثة أقراء مع ان براءة الرحم تعرف بقرء واحد ، ليتمكن الزوجان من الرجوع إلى بعضهما وليجرب كل منهما حياة الافراد عن صاحبه ، ثلاثة شهور ، تبقى الزوجة مع زوجها في بيت الزوجية

تحت بصر الزوج ورقابته ، فإذا ما أصر على عدم رجعتها كان هذا برهاناً ودليلاً على ان كلاً منهما لم يعد يرغب بصاحبه .

وإذا انتهت العدة وبانت الزوجة بينونة صغرى ، كان له أن يتزوجها من جديد ما لم تكمل الطلقات الثلاث .

وهذا نظام انفرد به الإسلام أيضاً ، فلا رجعة في بقية الشرائع والقوانين ، كما ان المطلقة لا يجوز أن تعود إلى مطلقها في كثير من الشرائع .

* * *

دور الزوجة

وللزوجة بعد ان اختارت بمطلق حريتها وارادتها من تحب أن يكون شريكاً لحياتها فهي حرة أيضاً في أن تشترط ما تشاء في عقد الزواج على ان لا يخالف ذلك نصاً صريحاً فلها أن تشترط أن لا يتزوج زوجها عليها ، ولها ان تشترط ان لا تنتقل من دارها أو بلدها ، أو غير ذلك ، فاذا ما أخل الزوج بالتزامه كان لها حق طلب الفسخ .

كما ان للزوجة أن تشترط أن تكون عصمتها في يدها فتطلق نفسها متى أرادت ، ويكون لها هذا الحق إذا فوض الزوج اليها أمر طلاقها بعد عقد النكاح أيضاً .

وتملك الزوجة طلب التفريق من زوجها مخالعة على ان تدفع له ما لا يتجاوز ما ساقه اليها ويجب على الزوج ديانة أن يجيبها إلى ما طلبت ان تعذر عليه اصلاح ذات البين ، فإن أبى رفعت أمرها إلى القاضي فيجيبها ان لم يستطع التوفيق بينهما .

وهكذا نجد : ان كلاً من الزوجين يملك حق الطلاق بارادته المنفردة ، ولكل منهما أن يطلب من القاضي التفريق .

فلا استبداد من جانب الرجل في امر الطلاق ، ولا حرمان للمرأة من هذا الحق ، فكل منهما يمارس حق الطلاق ضمن حدود الشرع والقانون .

وفي رأيي : انه خير الف مرة أن تملك الزوجة امر الطلاق فتطلق نفسها ، من أن يكون الطلاق باذن القاضي حيث يتدخل في كل صغيرة او كبيرة فيحجر على ارادة الزوجين في مفارقة بعضهما ، وتحل ارادة القاضي محل ارادة الزوجين .

إن الطلاق في الإسلام مهما وضع الشارع في طريقه من عقبات فهو حق خاص بالزوجين فلا يجوز للغير أن يتدخل في أمره .

وفي سبيل الوصول إلى هذه النتائج فقد حققت كثيراً من المواضيع ، أذكر منها على سبيل المثال :

١ ــ الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لضرورة .

٢ ــ تحقيق مذهب محمد بن الحنفية في التفريق للعيوب والأمراض ، وان مذهبه عدم الحصر ، والنتيجة العملية لذلك هو رجوع القاضي أو شارح القانون لمذهب أبي حنيفة في حال وجود نقص في التشريع في هذا الموضوع ، خلافاً لما درج عليه شراح القانون من الرجوع إلى مذهب مالك .

كما حققت في التفريق للعيوب والامراض لدى جمهور الفقهاء وان مذهبهم عدم الحصر لا فرق بين الزوج أو الزوجة في ذلك .

وقد كتبت في التطليق للعقم واعتبرته من العيوب التي تجيز التفريق .

٣ ــ تحقيق في الطلاق البدعي : الطلاق الثلاث ، والطلاق في الحيض ، وان الطلاق لا يقع إلا طلقة واحدة ، ولا طلاق في حيض بل الطلاق في طهر لا جماع فيه . وذلك بالرجوع إلى مصادر مختلفة المذاهب من فقه وأصول وتفسير وحديث .

وقد صححت كثيراً من الاخطاء في مختلف المذاهب وخاصة ما تداول عليه الكتاب من النقل في مذهب الجعفرية في الطلاق البدعي .

٤ ــ التفريق بين حالتين من عدم الانفاق : حال إعسار الزوج وحال عدم انفاقه مع يساره وترجيحنا عدم التفريق إذا كان الزوج معسراً والزوجة غنية اذ مناط التفريق يجب أن يكون الضرر ولا ضرر في تلك الحالة .

٥ ــ الاصل في الطلاق انه رجعي ، والرجعة لا تصح بقصد المضارة ، ومن المضارة أن يراجعها ثم يطلّقها دون أن يجامعها . ولا تصح الرجعة إلا باعلام الزوجة .

٦ ــ تفويض الطلاق لغير الزوجة غير صحيح .

٧ ــ لا يقع الطلاق إلا أمام شاهدين .

٨ ــ القصد ركن من أركان الطلاق ، فإذا عدم أو اختل فلا طلاق .

٩ ــ إذا طلبت الزوجة مخالعة الزوج فيجب عليه ديانة اجابة ذلك ، وإلا رفعت الأمر إلى القاضي فيفرق بينهما بعد تعذر الاصلاح .

١٠ ــ يجب ألا يتجاوز عوض الخلع المهر .

١١ ــ تفريق القاضي فسخ لا طلاق .

١٢ ــ طلب التفريق للضرر والشقاق حق لكل من الزوجين .

١٣ ــ التحقيق في التفريق لتغيير الدين هل يعتد القاضي بالظواهر أم ان له البحث عن الباعث عن اسلام أحد الزوجين فنقلت نصوصاً عدة واجتهادات مختلفة دعمت فيهـــا رأيي ، وهو ان الاصل في الاسلام الظاهر ولا يجوز للقاضي البحث وراء ذلك .

وللحيلولة دون الغش والتدليس فقد ذكرت الحل الملائم وهو تطبيق أحكام المرتدين فيحجم من لا يفكر في الإسلام عن عقيدة في تغيير دينه .

كما قلت اننا نعطي حق طلب التفريق للزوجة التي بقيت على دينها وبهذا نقضي على الغش والتدليس من جانب الرجل ، ونرفع الظلم عن جانب المرأة .

١٤ ــ كل طلاق أوقعه الزوج أو الزوجة وتعسف فيه كان عليه التعويض على زوجه الآخر .

* * *

وفي القوانين العربية

يتجه العالم العربي اليوم إلى الوحدة الشاملة الصحيحة، وإذا كان من مقدمات الوحدة وحدة التشريع ؛ فان قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية ، هي في طليعة القوانين توحيداً إذ انهـــا تستقي من منبع واحد ومصدر واحد وهو الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها .

وإذا كان هناك من خلاف بين الفقه الجعفري وغيره ، فقد حاولت في بحثي هذا الجمع بين مختلف المذاهب ، وما خالف به المذهب الجعفري غيره من المذاهب أيدتـــه بمذاهب أخرى ، وأكثر من هذا فاني وضعت مجموعة من المواد لتكون نواة لقانون عربي شامل ، بل نواة لقانون اسلامي لجميع البلاد الإسلامية .

وقد كان نهجي في البحث كما يلحظ القارئ ان كل أمر اخترته ورجحته لم أعتمد فيه على حجج مذهبه كالأشهاد حين الطلاق مثلاً ، والطلاق في الحيض ، والاعلام حين المراجعة ، وعدم صحة المراجعة بقصد الاضرار ، كل ذلك من الامور التي أخذت بها بعض المذاهب دون الأخرى ، فقد أيدتها بالكتاب والسنة وأقوال الصحابة وفي سبيل ذلك فقد خالفت قوانين الاحوال الشخصية في كثير من الامور .

كما اني انتقدت شراح القانون في البلاد العربية في عدد من المواد كالتفريق للعيوب ، والطلاق المتكرر وغير ذلك .

ولعلي في هذا العمل أكون قد جمعت بين المذاهب الإسلامية وما يجب أن تكـــو ن عليه قوانين الاحوال الشخصية في العالم العربي والإسلامي في موضوع الطلاق ، دون التعصب لمذهب أو رأي معين .

ومن البوادر الطيبة التي لمستها أثناء دراستي لقوانين البلاد العربية عدا عن وحدة

المصدر والمنبع ، انها كثيراً ما تستعين ببعضها فتجد في المذكرات الايضاحية اشـارات واضحة صريحة ، إلى ان من مصادر هذا القانون قوانين البلاد العربية التي سبقته . كما ان معظمها لم يعتمد على مذهب معين بل كان مذهبه الانتقاء من أكثر المذاهب .

في الاجتهادات القضائية :

وذهبت بعد ذلك الى الناحية العملية التطبيقية فاستعرضت عدداً كبيراً من الاجتهادات القضائية ، واستخلصت منها مبادىء عامة ، وبينت رأيي في أكثرها ، وما يجب أن تكون عليه ، كما أشرت الى توسع القضاء في التفريق للشقاق والضرر ، وللاعسار .

الطلاق لدى الامم القديمة :

كما ذكرنا لمحة عن منزلة المرأة لدى اليونان والرومان لنعرف مدى ما تتمتع به الزوجة من مكانة نعرف من خلالها هل تملك شيئاً من أمرها من طلاق أو غير ذلك أم لا تملك شيئاً .

وقد ذكرنا أن المرأة كانت تباع وتشترى ، والزوج يستبد بطلاقها واذا لم يفعل ذلك فلم يكن عن حب وتقدير بل خشية ضياع المبلغ الذي دفعه قيمة زوجته .

وبهذه المقارنة تتجلى لنا الشريعة الاسلامية وما جاءت به من أحكام في نظام الطلاق نظاماً كاملاً منذ العصر الأول .

في اليهودية :

حققت في الخلاف القائم بين شراح القانون في حق الزوج بالطلاق لدى اليهود ، هل يملك ذلك بارادته المنفردة ، أم لا بد من طلاق القاضي لاسباب معينة .

فتبين ان الخلاف مرده وجود طائفتين من اليهود احداهما تبيح الطلاق بالارادة المنفردة والثانية لا تبيح ذلك إلا بإذن القاضي .

وقد أوردت عدداً من الاجتهادات القضائية تؤيد ما اتجهت اليه في هذه الدراسة ونصوصاً من كتب اليهود ومراجعتهم تثبت ذلك .

وقد قمت بمقارنة بين الشريعة اليهودية والشريعة الاسلامية في كل موضع اتفقت فيه الشريعتان او اختلفت فيه ، وبينت وجهة نظري في نقط التشابه والاختلاف .

وأشرت أثناء بحثي الى أن الاصل في الطلاق لدى اليهودية الحظر الدياني ، وأنه يجوز لكل من الزوجين حق طلب الطلاق من القاضي في أمور معينة توسع فيها الفقهاء ، غير أنه تختلف عن الشريعة الاسلامية بانها الزامية في كثير من الأمور بحيث لو وجدت الزم الزوج بالطلاق .

وفي المسيحية :

فقد تناولت البحث في مصادر المسيحية في الطلاق ، وقد حققت في ذلك فتبين لي ان أسباب الطلاق لدى الطوائف التي تجيزه اليوم هي جديدة بمعنى اننا لو رجعنا الى المصادر الاولى للمسيحية لا نجد الا الزنا سبباً للطلاق عند من يبيح الطلاق .

وقلت ان من أهم مصادر هذه القوانين قديماً وحديثاً ، هو الشريعة الاسلامية ، وخاصة لدى الاقباط الارثوذكس في مصر وهم أكثر الطوائف تسامحاً في تعدد أسباب الطلاق التي تجيز لأي من الزوجين أن يطلب التفريق .

وانتهيت في بحثي الى ضرورة توحيد قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية طالما أن الأمر اجتهادي لديهم وانهم أخذوا ذلك عن الشريعة الاسلامية ، وان هذه الاسباب من خلال ما استعرضناه من اجتهادات قضائية وملية أسباب مرنة توسع القضاء في تطبيقها ، فأي مانع أن يخطو المشرع خطوة جريئة فيجعل قانوناً واحداً للبلد الواحد .

في القوانين الاجنبية

ومن استعراضنا للقوانين الاجنبية التي تمثل اتجاهات معينة في أسباب الطـلاق ، وبالرجوع الى التطبيق العملي لدى المحاكم ، وجدنا ان أسباب الطلاق في معظم القوانين أسباب مرنة متطورة ، مرنة بحيث يجيز القاضي التفريق لأي سبب ، ومتطورة لأنها تستند الى المصلحة لا الى اصول تاريخية .

والخلاف القائم بين الشريعة الاسلامية وهذه القوانين ومعها الشريعة المسيحية هو الطلاق بالارادة المنفردة ، وما عداه من تطليق القاضي او الطلاق بالاتفاق ، معترف به إما صراحة أو دلالة في معظم القوانين .

وقد ذكرت أثناء بحثي مثالاً على ذلك في التطليق للزنا ، فقلت ان الطلاق بالارادة المنفردة اذا منعته القوانين فقد أباحته عن طريق آخر اسوأ نتيجة منه ، وذلك كما لو أراد أحد الزوجين طلاق زوجه الآخر فما عليه الا ان يرتكب جريمة الزنا إما حقيقة او صورياً فيطلب الطرف الآخر الطلاق .

بل ان بعض القوانين اجازت لمن يرتكب في حق الآخر خطيئة ، كالهجر مثلاً أن يطلب الطلاق ، ومعنى هذا : ان من أراد طلاق زوجته فليهجرها مدة من الزمن ثم يطلب هو نفسه الطلاق .

ان في تعليق أمر الطلاق على خطيئة يرتكبها أحد الزوجين اسوأ أثرا من اعطاء الحق لأحد الزوجين يطلق متى شاء وأراد ضمن حدود الشرع والقانون .

وخير ألف مرة أن تجيز الطلاق في هذه الحدود التي رسمها الشارع في الاسلام من أن تجعل أمر الطلاق مرهوناً بجريمة أو خطيئة ترتكب . فلا طلاق الا اذا اعتدى أحد الزوجين على الآخر اعتداء جسيما عرض حياته للخطر ، أو اذا وضع له السم في الطعام

مثلاً ، أو اذا هجره مدة طويلة ، او اذا ارتكب جريمة الزنا الى غير ذلك من الأسباب .

وفي رأيي أن نقطة الخلاف بين شريعتنا الاسلامية وغيرها من النظم والقوانين ليس هو الطلاق بالارادة المنفردة فقد وجدنا المرونة والتطور في التطبيق العملي والاحتيال والصورية في أسباب الطلاق التي تذكرها تلك القوانين .

انما الخلاف على ما أراه هو حول اصل فكرة الطلاق ، فان اكثر القوانين تنظر الى الطلاق على انه عقوبة للزوج الآخر ، بينما الاسلام يرى أن الطلاق علاج لا عقوبة .

القوانين الاجنبية تعاقب الزوج الزاني فتفرق بينه وبين زوجه لان الأمر لا يهم سواهما بحيث لو صفح أحدهما عن الآخر لم تكن هناك جريمة ولا طلاق . أما في الاسلام فموضوع الاسرة يتعدى مصلحة الزوجين الى المجتمع ، فاذا شرع الله الطلاق فانما ليتدارك وضع أسرة تفكك رباطها وتعذر اصلاحها ، حتى نبني من جديد أسرتين متكاملتين قويتين .

فليس الطلاق عقوبة لأحد الزوجين في شريعة الاسلام ولكنه علاج لوضع نشأ في الأسرة فتعذر معه استمرار الحياة المشتركة . ولهذا تدوم صلة الرعاية والحنان بين الزوجين في العدة وما بعد العدة برباط النفقة أثناء العدة وبرباط النسب ورعاية الاطفال بعد العدة .

المراجع والمصادر (١)

١ – الفقه الحنفي

– الجامع الصغير للامام محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩ هـ) طبع الهند ١٢٩١ هـ

– مختصر الطحاوي (٣٢١ هـ) مطبعة دار الكتاب العربي القاهرة ١٩٥١ م

– مختصر القدوري (٤٢٨ هـ) طبع الاستانة ١٣١٠ هـ

– المبسوط للسرخسي (٤٣٨ هـ) طبع مصر ١٣٢٤ هـ .

– تحفة الفقهاء للسمر قندي (٥٤٠ هـ) في ثلاثة أجزاء تحقيق الدكتور محمد زكي عبد البر . دمشق ١٩٥٨ – ١٩٦٠

– بدائع الصنائع للكاساني (٥٨٧ هـ) القاهرة ١٣٢٨ هـ

– الهداية للمرغيناني (٥٩٣ هـ) مطبوع مع فتح القدير

– المحيط في الفقه الحنفي . مخطوط في مكتبة الإلازهر رقم ٣٤٨٨ (٥٤٨٠٨) لبرها الدين محمود بن احمد بن عبد العزيز (٥٤٠ هـ) . ن

– الذخيرة في الفقه الحنفي . مخطوط في مكتبة الازهر رقم (١٥٨٤) ٢٠٨٥٦ ويوجد منه نسخة في المكتبة الاحمدية في حلب في مكتبة الاوقاف رقم (٤٢٨) وتقع في ثمانيـــة مجلدات . كما توجد منه نسخة في دار الكتب المصرية رقم (٤٨١) .

– كنز الدقائق للنسفي (٧١٠ هـ) مطبوع مع شروحه : البحر الرائق ، وتبيين الحقائق.

---

(١) اقتصرت في ذكر المراجع على اهم ما رجعت اليه في هذا ونقلت عنه خلافا لما يذهب اليه الكثير من وضع مصادر لم يطلع عليها . كما اني اخترت اسماء الكتب لأنها ادل على ذكر المؤلفين فضـــلا عن انها طريقة سبقنا اليها الكثير . واترك لهواة ذكر المصادر الرجوع الى فهارس المكتبات العامة ففيها ما يكفي .

ـ تبيين الحقائق للزيلعي (٧٤٣ هـ) المطبعة الاميرية . القاهرة ١٣١٣ هـ .
ـ العناية شرح على الهداية مطبوع مع فتح القدير للبابرتي (٧٧٦ هـ) .
ـ السراج الوهاج مخطوط في مكتبة الازهر (٢٧١) ٧٥٥٣ للحدادي (٨٠٠ هـ) .
ـ الجوهرة شرح متن القدوري لأبي بكر محمد العبادي طبع الاستانة ١٣٠١ هـ .
ـ فتح القدير لابن الهمام (٨٦١ هـ) وهو شرح الهداية . المطبعة التجارية . القاهرة
ـ حاشية سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي (٩٤٥ هـ) على العناية شرح الهداية للبابرتي . مطبوع على هامش فتح القدير .
ـ حاشية الشلبي على شرح الزيلعي على كنز الدقائق . المطبعة الاميرية ١٣١٣ هـ.
ـ درر الحكام في شرح غرر الاحكام لملاخسرو (٨٨٥ هـ) طبع الاستانة ١٣١٩ هـ .
ـ تنوير الابصار للتمرتاشي (١٠٠٤) مطبوع مع شرحه رد المحتار .
ـ اللباب للميداني وهو شرح على مختصر القدوري . المطبعة الجمالية ١٣٣٠ هـ.
ـ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام للشيخ علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤ هـ) المطبعة الاميرية ١٣٠٠ هـ
ـ الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي (١٠٨٨ هـ)
ـ حاشية على الدر المختار للطحطاوي (١٣٣١) المطبعة الاميرية ١٢٨٢هـ
ـ البحر الرائق لابن نجيم . المطبعة العلمية بالقاهرة .
ـ منحة الخالق شرح على البحر الرائق لابن عابدين (١٢٥٢ هـ) مطبوع على هامش البحر الرائق .
ـ رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين . الطبعة الاميرية الثانية بالقاهرة .
ـ رسائل ابن عابدين . طبع القاهرة ١٣٢٥ هـ
ـ التحرير المختار على الدر المختار لعبد القادر الرافعي (١٣٢٣ هـ) المطبعة الاميرية في القاهرة ١٣٢٣ هـ
ـ الاشباه والنظائر لابن نجيم المصري (٩٧٠ هـ) المطبعة الاميرية ١٢٩٨ هـ

٢ ـ الفقه الشافعي

ـ الأم : للامام محمد بن ادريس الشافعي المتوفى عام (٢٠٤هـ) وهو في سبعة أجزاء وقد جاء في مقدمة الجزء بحث في أصول الفقه ومطبوع في كتاب مستقل واسمه الرسالة . المطبعة الاميرية سنة ١٣٢١ هـ .

ـ مختصر الامام أبي ابراهيم اسماعيل بن يحي المزني المتوفي عام ٢٦٤ مطبوع على هامش الأم .

ـ المهذب لأبي اسحاق ابراهيم الفيروزابادي الشيرازي (٤٧٦ هـ) وهو جزءان مطبعة عيسى البابي ١٣٤٣ هـ .

ـ الوجيز في الفقه الشافعي للامام الغزالي (٥٠٥هـ) في جزئين يذكر في كل مسألة رأي المذاهب الاربعة بايجاز . مطبعة الآداب والمؤيد بالقاهرة عام ١٣١٧ هـ .

ـ المجموع شرح المهذب للنووي (٦٧٦ هـ) . المطبعة المنيرية في القاهرة .

ـ فتح العزيز شرح الوجيز للشيخ عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفي (٦٢٣هـ) مطبوع مع المجموع .

ويليه التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي للحافظ ابن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) .

ـ المنهاج للنووي على هامش مغني المحتاج

ـ اسنى المطالب في شرح روض الطالب : لشيخ الاسلام زكريا بن محمد الانصاري الشافعي (٩٢٦ هـ) وهو شرح على روض الطالب لابن أبي بكر المقري اليمني طبع المطبعة اليمنية بالقاهرة (١٣١٣ هـ) .

- تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر (٩٧٤) هـ

- مغني المحتاج شرح للشيخ محمد الشربيني الخطيب (٩٧٧ هـ)، مطبعة مصطفى البابي ١٩٣٣ م.

- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج تأليف شمس الدين محمد ابن الامام العارف بالله شهاب الدين أحمد الرملي المتوفي عام (١٠٠٤ هـ) وهو في ثمانية مجلدات. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٩٣٨ م

- حاشية الشبراملسي للعلامة الشيخ أبي الضياء نور الدين علي بن علي المعروف بالشبراملسي القاهري المتوفي عام (١٠٨٧ هـ).

- حاشية الشيخ سليمان البجيرمي (١٢٢١ هـ) على شرح منهج الطلاب. و شرح منهج الطلاب هو لشيخ الاسلام زكريا الانصاري، مطبعة بولاق بالقاهرة ١٢٩٢ هـ.

- الميزان الكبرى لسيدي عبد الوهاب الشعراني المطبعة الحسينية بمصر ١٣٢٩ هـ. والمطبعة الأميرية ١٢٧٥ هـ.

- رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي. مطبعة مصطفى البابي بالقاهرة ١٩٦٠ م.

- الدر المضيه في الرد على ابن تيمية للسبكي (٧٥٦ هـ) دمشق ١٣٤٧ هـ

- ترغيب المشتاق في أحكام الطلاق تأليف الشيخ عبد المعطي السملاوي ١٣٤٩ هـ.

* * *

٣ ـ الفقه المالكي

ـ المدونة الكبرى : للإمام مالك بن انس (١٧٩هـ) رواية سحنون عن عبد الرحمن ابن القاسم عن مالك .

في ستة عشر جزءاً مطبعة السعادة بمصر ١٣٣٢ هـ

ـ المقدمات الممهدةلبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعيات للامام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد (٥٢٠ هـ) في جزئين مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٥ هـ .

ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف ابي الوليد محمد القرطبي الاندلسي المالكيالمشهور بابن رشد الحفيد (٥٩٥ هـ) وهو في جزئين ويجمع فقه المذاهب الاربعة كما يمتاز بالتعليل في أكثر مسائله ولكن نقله عن المذاهب يحتاج الى تحرير . طبع دار الكتب العربية ١٣٣٥ هـ .

ـ الفروق لشهاب الدين أحمد القرافي (٦٨٤ هـ) في أربعة أجزاء مطبعة الحلبي ١٣٤٤هـ « ادرار الشروق » للقاسم بن عبد الله الشهير بابن الشاط (٧٢٣ هـ) وتنقيحه المسمى « تهذيب الفروق » لمحمد علي بن الحسين المكي المالكي .

ـ القوانين الفقهية لابن جزىء وهو محمد بن أحمد بن جزيء الغرناطي (٧٤١هـ) طبع تونس ١٩٢٦ . يجمع الى جانب الفقه جانباً من السيرة والتاريخ والتصوف . كما يذكر بعض الخلافات الفقهية في المذاهب الاربعة .

ـ تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام لبرهان الدين ابراهيم الشهير بابن فرحون (٧٩٩ هـ) المطبعة الشرقية بالقاهرة سنة ١٣٠١ هـ .

ـ مختصر سيدي خليل . طبع مكتبة عيسى البابي بمصر ١٩٣١ م .

وشروحه :

ـ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للامام الحطاب : محمد بن عبد الرحمن المغربي الاصل (٩٥٤ هـ) .

وبهامشه :

ـ التاج والاكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق المتوفي (٨٩٧هـ) مطبعة السعادة (١٣٢٩ هـ)

ـ شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل طبع مصر ١٣٠٧ هـ

ـ شرح الخرشي على مختصر خليل طبع مصر ١٣١٧ هـ .

ـ حاشية العدوى على شرح الخرشي ومطبوع معه .

ـ الشرح الكبير للدردير (١٢٠١) على مختصر خليل . المطبعة .

ـ حاشية عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) على شرح الدردير .

ـ منح الجليل شرح مختصر خليل طبع مصر ١٢٩٤ للشيخ محمد عليش (١٢٩٠ هـ)

ـ المعيار للونشريسي . طبع فاس ١٣١٥ هـ

ـ مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الاحكام تأليف القاضي ابن الوليد هشام ابن عبد الله بن هشام الازدي القرطبي نسخة مخطوطة كتبت سنة ٩٦٥ في مكتبة الاسكوريال ١٠٦٦/١٣٩ ق مصورة في فيلم معهد المخطوطات العربية رقم ٣٥ فقه مالكي .

ـ التحفة لابن عاصم (٨٢٩ هـ) طبع الجزائر ومعها ترجمة بالفرنسية وتعليقات للاستاذين : F. martel O. X. budas وموجودة بمكتبة القاهرة رقم ٦٤٩٨ .

ـ البهجة شرح التحفة للتسولي طبع مصر .

ـ بدر الزوجين ونفحة الحرمين على مذهب السادة المالكية تأليف أبو بكر الكشناوي ١٩٥٧ م

ـ الذخيرة : تأليف شهاب الدين القراقي (٦٨٤ هـ) ويقع في خمسة عشر مجلد ظهر منه المجلد الاول مطبعة كلية الشريعة في الازهر ١٣٨١ هـ

ـ الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام للقرافي . القاهرة .

٤ ــ الفقه الحنبلي

ــ مختصر الخرقي المتوفي (٣٣٤هـ) طبع دمشق . ومع شرحه المغني .

ــ المغني لموفق الدين ابن قدامه المقدسي (٦٣٠ هـ) وهو شرح على مختصر الخرقي ، مطبعة المنار في القاهرة ١٣٤٨ هـ .

ــ الشرح الكبير لابن قدامة (شمس الدين) المتوفي سنة ٦٨٢ هـ وهو شرح على المقنع لموفق الدين بن قدامة . مطبوع على هامش المغني . مطبعة المنار بالقاهرة ١٢٤٨ هـ ومطبوع بمفرده في المكتبة السلفية بالقاهرة .

ــ الاقناع لطالب الانتفاع ، تأليف شرف الدين المقدسي (٩٦٨ هـ)، طبع القاهرة ١٣٥١ هـ .

ــ المحرر في الفقه ، مجد الدين أبو البركات (٦٥٢ هـ) ، مطبعة السنّة المحمدية ١٩٥٠م

ــ النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر . شمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي (٧٦٣ هـ) .

ــ التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع تأليف علاء الدين علي بن سليمان المـــرداوي (٨٨٥ هـ) المطبعة السلفية القاهرة .

ــ غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى تأليف الشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي. ثلاثة أجزاء طبع دمشق .

ــ كتاب الهادي أو عمدة الحازم لموفق الدين بن قدامة . دمشق .

ــ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ١٩٦١ م .

ــ الانصاف لمعرفة الخلاف للمرداوي في اثني عشر مجلداً . القاهرة ١٩٦٠ م .

– الفروع لمحمد بن مفلح الحنبلي مع حاشيته، تصحيح الفروع لعلي المقدسي . مطبعة المنار في القاهرة .

– القواعد لابن رجب الحنبلي (٧٩٥ هـ) القاهرة .

– زاد المعاد في هدى خير العباد لابن القيم (٧٥١ هـ) ، مطبعة محمد علي صبيح في القاهرة .

– اعلام الموقعين لابن القيم ، المطبعة التجارية في القاهرة .

– إغاثة اللهفان لابن القيم ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي في القاهرة .

– العدة شرح العمدة ، تأليف بهاء الدين عبد الرحمن المقدي ، المطبعة السلفية في القاهرة .

* * *

٥ ـ مراجع في الفقه الزيدي

ـ المجموع للإمام زيد (١٢٢ هـ).
ـ المنتزع المختار للشيخ عبد الله بن مفتاح (٨٧٧ هـ) ، القاهرة ١٣٣٢ هـ .
ـ البحر الزخار للمرتضى (٨٤٠ هـ) ، القاهرة ١٩٤٨ م ، مطبعة الخانجي .
ـ التاج المذهب لأحكام المذهب للقاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني . القاهرة ، ١٩٣٨ م . مطبعة الحلبي .
ـ الروضة الندية للعلامة السيد صديق خان شرح الدرر البهية. المطبعة المنيرية في القاهرة.
ـ الدرر البهية للشوكاني (١٢٥٥) هـ.
ـ الروض النضير شرح المجموع لشرف الدين الحيمي الصنعاني (١٣٢١هـ) . مطبعة السعادة ١٣٤٩ هـ .

٦ ـ مراجع في الفقه الظاهري

ـ المحلى لابن حزم (٤٥٦ هـ) طبع القاهرة (١٣٥٢ هـ) .
ـ ابطال القياس لابن حزم ، طبع القاهرة .
ـ الاحكام في أصول الاحكام لابن حزم ، مطبعة السعادة ، القاهرة (١٣٤٨ هـ) .
ـ مراتب الاجماع لابن حزم . مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ .

٧ ـ مراجع في الفقه الاباضي

ـ النيل لضياء الدين عبد العزيز (١٢٢٣ هـ) .
ـ شرح النيل وشفاء العليل محمد اطفيش (١٣٣٢ هـ) ، القاهرة ١٣٤٣هـ ، مطبوع مع النيل .
ـ شامل الاصل والفرع للشيخ محمد اطفيش . المطبعة السلفية ١٣٤٨هـ .

٨ - مراجع الفقه الجعفري

- المختصر النافع في فقه الإمامية ، لأبي القاسم نجم الدين الحلي المتوفي ٦٧٦ هـ .
- الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ، تأليف الشيخ عبد الكريم رضا الحلي، ١٩٤٧ هـ .
- أصل الشيعة وأصولها ، تأليف محمد الحسين آل كاشف الغطاء . الطبعة السابعة .
- العروة الوثقى محمد كاظم الطباطبائي ، مطبعة دار السلام ١٣٣٠ هـ، بغداد .
- السرائر للشيخ محمد ادريس . طبع حجر إيران .
- الاستبصار للطوسي (٤٦٠ هـ) ، مطبعة النجف .
- التهذيب للطوسي ، طبع النجف .
- من لا يحضره الفقيه للصدوق (٣٨٥ هـ) ، طبع النجف.
- الكافي للكليني (٣٢٩ هـ) ، طبع حجر .
- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهير العاملي ، تحقيق عبد الله السبتي ١٩٦٠ م القاهرة .
- قواعد الاحكام لابن مطهر الحلي ، مخطوط ٨٨٦ هـ .
- شرائع الاعلام لنجم الدين بن سعيد الحلي ، طبع حجر ايران ١٣٠٢ هـ.
- وشرحه جواهر الكلام طبع حجر . ويطبع الآن في بغداد .
- النهاية للطوسي : مخطوط .
- تذكرة الفقهاء للحسن بن يوسف المعروف بالعلامة الحلي (٧٢٦ هـ) .
- تحقيق مرتضى الخلخالي . مطبعة النجف ١٩٥٥ م . لا يزال تحت الطبع.
- مستمسك العروة الوثقى لآية الله السيد محسن الحكيم .
- مختلف الشيعة للطوسي ، طبع حجر ايران .
- مفتاح الكرامة للعاملي ، طبع القاهرة ١٣٢٦ هـ .
- الفصول الشرعية على مذهب الإمامية ، تأليف محمد جواد مغنية ، الطبعة الأولى ، بيروت ١٣٧٠ هـ .

٩ ـ كتب الفتاوى

ـ الفتاوى الفقهية الكبرى : تأليف ابن حجر الهيثمي (٩٧٤ هـ)، طبع القـاهرة ١٣٥٧ هـ .

ـ الفتاوى البزازية ، لحافظ الدين محمد المعروف بابن البزاز الكردري (٨٢٧ هـ) .

ـ الفتاوى الخانية ، للإمام فخر الدين حسن الاوز جندي المعروف بقاضي خان ٥٩٢هـ.

ـ فتاوى ابن تيمية (٧٢٨ هـ) مطبعة الكردي في القاهرة ١٣٢٨ هـ .

ـ فتاوى عليش ، المطبعة الاميرية في القاهرة .

ـ فتاوى ابن نجيم (٩٧٠ هـ) .

ـ الفتاوى الهندية . جمعت في سنة (١٠٧٠ هـ) طبع بولاق ١٣١٠ هـ .

ـ الفتاوى الخيرية لنفع البرية للرملي (١٠٨١ هـ) المطبعة الاميرية ١٣٠٠ هـ .

ـ الفتاوى الطرسوسية ،أو أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل : لنجم الـدين الطرسوسي (٧٥٨ هـ) .

ـ الفتاوى المهدية لمحمد العباس المهدي (١٣١٥ هـ) المطبعة الازهرية ١٣٠١ هـ .

١٠ ـ كتب الطبقات والتراجم

ـ سير أعلام النبلاء للذهبي (٧٨٤ هـ) دار المعارف في مصر (صدر منه ثلاثة أجزاء).

ـ أعيان الشيعة للسيد محسن الامين . الطبعة الرابعة بيروت ١٣٨٠ هـ .

ـ الاصابة في تمييز الصحابة لابن حجر المطبعة التجارية في القاهرة .

ـ الاستيعاب لابن عبد البر على هامش الاصابة .

ـ الطبقات الكبرى لابن سعد ، طبع بيروت ١٩٦٠ م .

ـ وفيات الاعيان لابن خلكان ، تحقيق محيي الدين عبد الحميد . طبع القاهرة .

ـ الفوائد البهية لمحمد بن عبد الحي اللكنوي (١٣٠٤ هـ) القاهرة ١٣٢٤ هـ .

ـ طبقات الشافعية للسبكي طبع القاهرة .

– طبقات الحنابلة ، مطبعة السنة المحمدية ١٣٧١ هـ .
– الاعلام للزركلي . الطبعة الثانية .
– كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة . طبع استانبول ١٩٤٣م .
– معجم المطبوعات العربية لسركيس يوسف اليان . القاهرة ١٣٤٦هـ .
– فهرست دار الكتب المصرية .
– فهرست مكتبة الازهر .

١١ – اصول الفقه

– كشف الاسرار للشيخ عبد العزيز البخاري (٧٣٠هـ) وهو شرح أصول الإمام فخر الإسلام البزدوي (٤٨٢ هـ) .
– المستصفى من علم الاصول للغزالي (٥٠٥ هـ) المطبعة الاميرية ١٣٤٢هـ .
– الاحكام في أصول الاحكام للآمدي ، أربعة أجزاء ، طبع دار المعارف ١٩١٤ م .
– التلويح على التوضيح للمحقق سعد الدين التفتازاني (٧٩٣ هـ) طبع الاستانة .
– التحرير لابن الهمام (٨٦١ هـ) المطبعة الاميرية القاهرة ١٣١٦ هـ .
– ارشاد الفحول للشوكاني القاهرة ١٣٢٧ هـ .
– الموافقات للشاطبي (٧٩٠ هـ) تحقيق الشيخ عبد الله دراز . طبع القاهرة .
– أصول السرخسي . طبع لجنة إحياء المعارف العثمانية .
– المنار للنسفي (٧١٠ هـ) .
– وشرحه : لابن ملك .
– وحاشيته : عزمي زاده (١٠٤٠ هـ) طبع استانبول ١٣١٥ هـ .
– فتح الغفار شرح المنار لابن نجيم (٩٧٠ هـ) مطبعة البابي ١٣٥٥ هـ .
– وحاشيته : ابن الحلبي (٩٧١ هـ) .

١٢ — تفسير واحكام القرآن

ـ أحكام القرآن لابن العربي (محمد بن عبد الله المتوفي ٥٤٣هـ) الطبعة الأولى٣٧٨هـ دار إحياء الكتب العربية في أربعة أجزاء تحقيق علي محمد البجاوي ، وفي الجزء الاخير فهارس عامة للكتاب .

ـ في ظلال القرآن للاستاذ سيد قطب . دار إحياء الكتب العربية الطبعة الثانية .

ـ أحكام القرآن للجصاص (٣٧٠ هـ) طبع الاستانة ١٣٢٨ هـ .

ـ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦٧١ هـ) دار الكتب المصرية في القاهرة الطبعة الثانية .

ـ جامع البيان في تفسير القرآن للطبري (٣١٠هـ) المطبعة الاميرية . ١٣٢٣ ، طبعة دار المعارف لم تتم بعد .

ـ روح المعاني في تفسير القرآن للالوسي (١٢٧٠ هـ) الطبعة الاميرية ١٣٠١هـ .

ـ مجمع البيان للطوسي . طبع دار التقريب بين المذاهب الإسلامية في القاهرة ١٩٦٠ م طبع حجر في ايران . وطبع بيروت .

ـ تفسير آيات الأحكام لجماعة من أساتذة كلية الشريعة في الأزهر .

ـ تفسير القرآن الكريم (عشرة أجزاء) للشيخ محمود شلتوت .

ـ تفسير الفخر الرازي . المطبعة الخيرية في القاهرة .

ـ تفسير المنار . طبع دار المنار .

ـ تفسير المحيط لابن حيان . القاهرة ١٣١٣هـ .

١٣ – في الحديث النبوي

– الموطأ للإمام مالك بن أنس (١٧٩ ﻫ) طبع القاهرة ١٣٢٠ ﻫ .

– نيل الاوطار من أسرار منتقى الاخبار للشوكاني (١٢٥٠ ﻫ) .

– وهو شرح كتاب المنتقى لابن تيمية . الطبعة العثمانية (١٣٥٧ ﻫ) .

– سبل السلام للصنعاني (١١٤٢ ﻫ) .

– الباعث الحثيث لابن كثير . طبع القاهرة .

– مسند الإمام أحمد . طبع دار المعارف لم يتم . وطبع الحلبي في القاهرة ١٣١٣ ﻫ .

– فتح الباري شرح صحيح البخاري . طبع بولاق ١٣٠٠ ﻫ .

– صحيح مسلم شرح النووي . طبع بولاق ١٢٩٠ ﻫ .

– سنن أبي داوود . المطبعة التجارية في القاهرة .

– سنن الترمذي . طبع بولاق ١٢٩٢ ﻫ .

– سنن النسائي . المطبعة التجارية في القاهرة .

– سنن ابن ماجه . طبع القاهرة ١٣١٣ ﻫ .

– المستدرك للحاكم . طبع الهند ١٣٣٤ ﻫ .

– معاني الاثار للطحاوي . طبع الهند ١٣٠٢ ﻫ .

– بلوغ المرام لابن حجر . المطبعة التجارية في القاهرة ١٣٥٢ ﻫ .

– عون المعبود شرح سنن أبي داود طبع الهند ١٣٢٣ ﻫ .

– جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر . طبع القاهرة .

١٤ ــ مؤلفات فقهية حديثة

ــ الثقافة الإسلامية للشيخ محمد راغب طباخ ، ط ١٩٥٠ م .
ــ التفسير والمفسرون محمد حسين ذهبي ثلاثة أجزاء ، ط ١٩٦١ م .
ــ أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي خفيف ، ط ١٩٤٤ م .
ــ قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للسيد جمال الدين القاسمي ، ط ١٩٢٥م.
ــ الإمام الصادق للشيخ محمد أبو زهرة ، ط ١٩٦٠ .
ــ مباحث الحكم عند الاصوليين للدكتور محمد سلامة مدكور ، ط ١٣٧٩ هـ .
ــ الاكراه بين الشريعة والقانون للشيخ محمد زكريا البرديسي ، ط ١٩٦٠ م .
ــ أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ، ط ١٣٨١ هـ .
ــ الاباحة عند الاصوليين والفقهاء بحث مقارن للدكتور محمد سلام مدكور ط ١٩٦١م
ــ المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ١٣٨٠ هـ .
ــ أبو حنيفة للشيخ محمد أبو زهرة ط ١٣٦٦ هـ ، القاهرة .
ــ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد ابو زهرة ، ط ١٣٥٧ هـ .
ــ نظام النفقات في الشريعة الإسلامية الشيخ أحمد ابراهيم ، ط ١٣٤٩ هـ .
ــ مقارنة المذاهب في الفقه للشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد علي سايس ط ١٣٧٣هـ
ــ المدخل الى علم اصول الفقه للدكتور محمد معروف الدواليبي ط ١٣٧٨هـ دمشق
ــ تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد خضري ط ١٣٧٣ هـ
ــ اصول الفقه للشيخ محمد الخضري . الطبعة الثالثة .
ــ اصول الفقه للشيخ محمد ابو زهرة . القاهرة ١٩٦٠ م
ــ ابو حنيفة للشيخ محمد ابو زهرة . دار الفكر العربي ١٣٦٦
ــ سلم الوصول الى علم الأصول للشيخ عمر عبد الله ١٩٥٩ م

– منهج القرآن في بناء المجتمع للشيخ محمود شلتوت
– تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره للدكتور محمد سلام مدكور ط ١٩٥٩ م
– حسن الأسوة بما ثبت من الله ورسوله في النسوة تأليف صديق حسن خان طبع القاهرة
– فقه الكتاب والسنة للدكتور محمد يوسف موسى ط ١٣٧٣ هـ
– النسخ في الشريعة الاسلامية عبد المتعال محمد الجبرى ط ١٣٨٠ هـ
– المدخل في التعريف في الفقه الاسلامية وقواعد الملكية والعقود فيه للدكتور محمد
– مصطفى الشلبي ط ١٣٨٠ هـ
– الفقه الاسلامي المدخل ونظرية العقد الدكتور عيسوي احمد عيسوي
– احمد بن حنبل للشيخ محمد ابو زهرة دار الفكر العربي ١٩٤٧ م
– الشافعي للشيخ محمد ابو زهرة .
– السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي للدكتور مصطفى السباعي. طبع القاهرة ١٣٨٠ هـ
– مصادر التشريع فيما لا نص فيه للشيخ عبد الوهاب خلاف . القاهرة ١٩٥٥
– الاسلام عقيدة وشريعة للاستاذ الاكبر الشيخ محمود شلتوت . مطبعة دار القلم في القاهرة .
– تحقيق معنى السنة وبيان الحاجة اليهما . السيد سليمان الندوي المطبعة السلفية ١٣٧٧
– شريعة القرآن للشيخ محمد ابو زهرة ١٩٦١ م .
– عوارض الاهلية للدكتور حسن النوري ١٩٥٤ م
– مصادر الحق في الفقه الاسلامي . دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث للدكتور عبد الرازق السنهوري .
– الجزء الاول : صيغة العقد ١٩٥٣م
– الجزء الثاني : توافق الارادتين ، صحة التراضي ١٩٥٤ م
– الجزء الثالث : محل العقد ١٩٥٦ م
– الجزء الرابع : نظرية السبب ونظرية البطلان ، ١٩٥٧ م
– الجزء الخامس : اثر العقد بالنسبة للاشخاص القاهرة ١٩٥٧ م

– الجزء السادس : أثر العقد بالنسبة للموضوع القاهرة ١٩٥٩ م
– النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية للدكتور شفيق شحاتة ١٩٣٦ م ،
– تعليل الاحكام للدكتور مصطفى الشلبي مطبعة الازهر القاهرة ١٩٤٩م ؛
– نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي القاهرة ١٩٥٠ م
– فلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي المحمصاني بيروت ١٩٥٢ م
– التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي للدكتور وحيد سوار القاهرة ١٩٦٠ م
– الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي . دار الكتاب العربي القاهرة ١٩٥٢ م
– المدخل إلى نظرية الالتزام العامة الجزء الثاني دمشق ١٩٥٨ م

* * *

١٥ — مراجع عامة

— الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الاخبار للحافظ ابي بكر محمد بنموسى الحازمي الهمذاني المتوفي سنة (٥٨٤ ه) الطبعة الاولى حلب ١٣٤٦ ه

— السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية لتقي الدين بن تيمية الطبعة الثانية ١٩٥١م

— محاضرات في النصرانية محمد ابو زهرة الطبعة الثانية ١٩٤٩م

— الأسرة والمجتمع للدكتور علي عبد الواحد وافي الطبعة الرابعة ١٩٥٨م

— الأسرة في المجتمع العربي القديم للدكتور عبد العزيز صالح القاهرة ١٩٦١ م

— حياة المسيح للاستاذ محمود العقاد ١٩٥٨ م

— كيف تكتب بحثاً او رسالة للدكتور احمد شلبي . الطبعة الثالثة ١٩٥٧ م مكتبة النهضة المصرية

— محاسن الإسلام وشرائع الإسلام لأبي عبد الله البخاري مكتبة القدسي ١٣٥٧ ه

— مراتب الإجماع لابن حزم مكتبة القدسي ١٣٥٧ ه

— نقد مراتب الإجماع لابن تيمية مكتبة القدسي ١٣٥٧ ه

— شرح المجلة للمرحوم سليم رستم باز ١٩٢٣ م بيروت

— تحرير المجلة كاشف الغطاء . النجف ١٣٥٩ ه

— المقارنات والمقابلات لحافظ صبري ١٩٠٢ مطبعة هندية

— الاوضاع التشريعية في الدول العربية للدكتور صبحي محمصاني بيروت ط ١٩٥٧

— الأسرة والمرأة للدكتور صلاح الدين الناهي بغداد

— النظم الاجتماعية والسياسية عند قدماء العرب تأليف محمد محمود جمعة ط ١٩٤٩

— مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي . تأليف الدكتور فارنتز روزنتال بيروت ١٩٦١

ـ حياة شيخ الاسلام ابن تيمية للشيخ محمد بهجت البيطار ١٣٨٠ هـ
ـ المرأة عند قدماء اليونان الدكتور محمود سلام الزناتي ١٩٥٧ م
ـ المرأة عند الرومان للدكتور محمود سلام الزناتي ١٩٥٨ م
ـ اختلاط الجنسين عند العرب الدكتور محمود سلام الزناتي ١٩٥٩ م
ـ الاقباط . حلمي جرجس ١٩٥٦ م
ـ اسرار الكنيسة . القاهرة
ـ علم الاجتماع الجنائي للدكتور حسن الساعاتي .
ـ مجلة القانون والاقتصاد .
ـ مجلة المحاماة الشرعية .
ـ مجلة المحاماة .
ـ مجموعة دالوز .
ـ قواعد الاحكام في مصالح الانام للشيخ عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠ هـ) مطبعة الاستقامة في القاهرة .
ـ النظائر للسيوطي (٩١١ هـ) مطبعة مصطفى البابي بالقاهرة ١٩٣٨ هـ .

*
* *

١٦ — مؤلفات حديثة في الاحوال الشخصية

— الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية الشيخ احمد ابراهيم الطبعة الثالثة ١٩٣٨ م القاهرة

— شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية تأليف الشيخ محمد زيد الابياني ١٩٢٤ م القاهرة

— عقد الزواج وآثاره الشيخ محمد ابو زهرة ١٩٥٨ م القاهرة.

— احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية تأليف الشيخ عمر عبد الله ١٩٥٨ م القاهرة

— احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية تأليف الشيخ عبد الرحمن تاج ١٩٥٥ م القاهرة

— الاحوال الشخصية قسم الزواج للشيخ محمد ابو زهرة ١٩٥٠ م القاهرة

— شرح قانون الاحوال الشخصية الدكتور مصطفى السباعي ١٩٥٨ م دمشق

— براهين الكتاب والسنة الناطقة على وقوع الطلقات المجموعة منجزة أو معلقة تأليف شيخ سلامة القاضي الشافعي ١٣٦٦ ه

— مشروع الزواج والطلاق محمد احمد عدوي وعبد العزيز خولي ١٩٢٨ م

— الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية تأليف محمد محي الدين عبد الحميد ١٩٥٨ م

— فرق الزواج للشيخ علي الخفيف ١٩٦٠ م

— الزواج والطلاق في الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ١٩٥٧ م

— الزواج والطلاق في الاسلام تأليف بدران ابو العينين ١٩٥٧ م

- مذكرات في فقه القرآن والسنة للشيخ محمد الزفزاف . كلية الحقوق جامعة القاهرة
- الزواج والطلاق على المذاهب الخمسة للشيخ محمد جواد مغنية بيروت ١٩٦٠ م
- فقه الكتاب والسنة للشيخ حسن مأمون .
- عيون المسائل الشرعية في الاحوال الشخصية للاستاذ علي محمد حسب الله
- الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للشيخ عبد الوهاب خلاف ١٣٥٤ هـ
- الزواج في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية تأليف انور الخطيب بيروت ١٩٦٠ م
- بحوث في التشريع الاسلامي واسانيد قانون الزواج والطلاق للشيخ مصطفى المراغي طبع مصر ١٣٤٦ هـ
- احكام الزواج والاحوال المتفرعة عنه في سوريا للاستاذ مصطفى الزرقاء ١٩٥٣ دمشق
- الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية مطبعة التأليف ١٨٩٥ م القاهرة
- خلاصة احكام الاسرة للشيخ عبد الحكيم محمد . القاهرة .
- خلاصة الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية . محمد سلامة . القاهرة
- القول الجامعي في الطلاق البدعي والمتتابع للشيخ محمد بخيت المطبعة الخيرية بمصر ١٣٢٠ هـ
- فقه القرآن والسنة للشيخ علي قراعة . القاهرة ١٩٥٨ م .

مراجع الاحوال الشخصية لغير المسلمين

– قضاء الاحوال الشخصية للطوائف الملية تأليف أحمد صفوة ط ١٩٣٦ م

– احكام الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين تأليف المستشارحلمي بطرس ط ١٩٥٧ م

– شرح الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للمستشار تادرس ميخائيل تادرس الطبعة الاولى

– مذكرات على الآلة الكاتبة في الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط

– انحلال الزواج واسبابه في التشريعات الاوربية للدكتور جميل الشرقاوي

– الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وللأجانب للدكتور احمد سلامة ١٩٦٠ م

– احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين خمسة اجزاء للدكتور شفيق شحاتة ١٩٥٧ – ١٩٦١ م

– احكام الشريعة في الاحوال الشخصية للاسرائليين تأليف م . حـــاي بن شمعون ط ١٩١٢ م

– القراءون والربانيون تأليف مراد فرج ١٩١٨ م

– شعار الخضر في الاحكام الشرعية الاسرائيلية للقرائين تعريب وشرح مراد فرج ١٩١٧ م

– شرح مبادىء الاحوال الشخصية للطوائف الملية تأليف إهاب حسن اسماعيل ١٩٥٧ م

– انحلال الزواج في شريعة الاقباط الارثوذكس تأليف الدكتور إهاب حسن اسماعيل ١٩٥٩ م

ـ الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور جميل الشرقاوي مكتبة النهضة المصرية

ـ الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين تأليف محمد محمود نمر وإلفي بقطر حبشي ١٩٥٧

ـ الخلاصة القانونية في الاحوال الشخصية لكنيسة الاقباط الارثوذكسيين تأليف الايغومانس فيلوتاؤس مع شرح جرجس فيلوتاؤس عوض ط ١٩٣٣ م

ـ الاحوال الشخصية للأجانب في مصر تأليف جميل خانكي ١٩٥٠ م

ـ محيط المبادىء الحديثة للقضاء المصري في الاحوال الشخصية وضع محمد حلمي عبد القاضي ١٩٥٧ م

ـ القانون الدولي والملّي الخاص في فلسطين والشرق الادنى تأليف المستر فريدريك كودبي القدس ١٩٣١

ـ مقدمة للاسفار غير القانونية ترجمة القس صالح سابا

ـ المسيحية في الاسلام تأليف ابراهيم لوقا ١٩٥٨ م

ـ التقنين المدني اليوناني للاستاذ جورج رويلوس

ـ الأحوال الشخصية للاجانب والمصريين تأليف كامل عثمان ١٩٥٨ م

ـ الاحوال الشخصية في القانون الفرنسي للدكتور حسن الاشموني ١٩٥٠ م

١٧ – الكتب القانونية

- اصول القانون للدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور احمد حشمت ابو ستيت ١٩٥٢ م
- اصول تاريخ القانون للدكتور عمر ممدوح مصطفى ١٩٥٤ م
- بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني الدكتور صوفي حسن ابو طالب .
- الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها للدكتور محمد معروف الدواليبي ١٣٧٤ ﻫ
- اصول القانون للدكتور حسن كيرة ١٩٥٦ م
- الفقه الاسلامي والقانون الروماني محمد ابو زهرة
- الاقباط حلمي جرجس ١٩٥٦ م
- جرائم البغاء دراسة مقارنة للدكتور محمد نيازي حتاته ١٩٦١ م
- المدخل للقانون الخاص تأليف الدكتور عبد المنعم البدراوي .
- الحقوق الرومانية الدكتور عبد المنعم البدراوي
- التقنين المدني الجديد للدكتور محمد علي عرفه دار النهضة المصرية ١٩٤٩ م
- نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس دار النشر للجامعات القاهرة ١٩٥٧
- نظرية بطلان التصرف القانوني للدكتور جميل الشرقاوي القاهرة ١٩٥٦
- المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية للدكتـــور سليمان مرقص دار النشر للجامعات القاهرة ١٩٦٠
- نظرية الالتزام العامة للاستاذ مصطفى الزرقاء . دمشق ١٣٨٠ ﻫ .

الفهارس

الاعلام الذين ترجم لهم في التعليقات

فهرس أهم الاعلام

الذين وردت ترجمتهم في هامش هذا الكتاب

* * *

فهرس اهم التعليقات

التي وردت في هامش هذا الكتاب

* * *

فهرس أهم المبادىء القضائية
التي وردت في هذا الكتاب حسب الشريعة الاسلامية

١٢ ـ اذا قتل المرتد على ردته فزوجته ترثه في العدة محكمة مصر الابتدائية الشرعية (١١٦)

١٣ ـ ان تعويض الطلاق التعسفي يجب الا يزيد على نفقة سنة . محكمة النقض السورية (١٢٥)

١٥ ـ الطلاق المتكرر يعتبر طلاقاً واحداً . محكمة المنيا في مصر (٢٦٥)

١٦ ـ الطلاق المتكرر في مجلس واحد لا يقع إلا طلقة واحدة . محكمة النقض السورية (٢٦٥)

١٧ ـ ان التفويض اذا كان حين عقد الزواج بصيغة مطلقة فلا يتقيد بالمجلس وللزوجة ان تطلق نفسها متى شاءت . محكمة طنطا الشرعية (٣٥٧)

١٨ ـ جواز المخالعة على إرضاع الطفل . محكمة الجمالية الشرقية في مصر (٥٨٤)

١٩ ـ اذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل . محكمة القاهرة الابتدائية (٥٨٥)

٢٠ ـ اذا ادعى الزوج البراءة ولم يثبتها يعتبر الطلاق بائناً . محكمة ابو قرقاص الشرعية بمصر (٥٩٢)

٢١ ـ وعكس الحكم السابق : ادعاء الزوج الطلاق مقابل البراءة مع عدم ثبوتها يجعله رجعياً . محكمة الغشن الشرعية بمصر (٥٩٢)

٢٢ ـ عدم حصر العيوب التي تجيز طلب التفريق . العبرة الاطباء لخبرة محكمة بور سعيد الشرعية . (٧٠٥)

٢٣ ـ اذا قرر الطب ان علاج المريض يطول ولو كان من المحتمل شفاؤه فللقاضي التفريق اذا طلبت الزوجة ذلك محكمة القاهرة الابتدائية (٧٠٥)

٢٤ ـ اذا علمت الزوجة بجنون زوجها فيسقط حق خيارها (نقدنا لهذا الحكم) محكمة طلخا الشرعية (٧٠٥)

٢٥ – وعكس ذلك : ان سكوت الزوجة عن مرض زوجها املا بشفائه لا يعتبر تنازلا عن حقها . محكمة الاسكندرية (٧٠٦)

٢٦ – اذا سرى المرض الى الزوج الآخر كان سبباً موجباً للتفريق بينهما محكمة شبين الكوم (٧٠٦)

٢٧ – حكم العيب بسبب العنة يخضع لمذهب ابي حنيفة (نقد لهذا الحكم) محكمة الاقصر (٧٠٦)

٢٨ – الاتصال الجنسي مرة واحدة يسقط حق طلب التفريق (راينا في هذا الحكم) محكمة الاسكندرية (٧٠٧)

٢٩ – من الضرر الذي يجيز للزوجة طلب التفريق تعاطي الزوج المسكرات والمخدرات . محكمة كرموز الشرعية (٧٨٥)

٣٠ – هجر الزوج فراش زوجته من الاضرار الموجبة للتطليق. محكمة جرجا الشرعية بمصر (٧٨٦)

٣١ – اذا افترق الزوجان سنة فأكثر كان سبباً موجباً للتفريق . محكمة المنيا الكلية بمصر (٧٨٦)

٣٢ – غياب الزوج عن زوجته سنة فأكثر يجيز لها طلب التفريق .محكمة الدر الشرعية بمصر (٧٨٧)

٣٣ – يشترط لطلب التفريق استمرار الضرر . محكمة الازبكية بمصر (٧٨٧)

٣٤ – يحكم القاضي بموجب قرار الحكمين . محكمة مصر الابتدائية (٧٨٧)

٣٥ – يتوجب على الحكمين عند تعذر استمرار الحياة الزوجية ايقاع التفريق بين الزوجين . محكمة النقض السورية (٧٨٧)

٣٦ – كون الحكمين من الاهل من النظام العام ، ولا يصار الى تعيين الأباعد إلا عند التعذر . محكمة النقض السورية (٧٨٨)

٣٧ – اذا غاب الزوج سنة فأكثر بدون عذر مقبول فللزوجة حق طلب التفريق . محكمة القاهرة الابتدائية (٨٠١)

٣٨ – لا بد من الاعذار قبل التطليق للغياب محكمة ادفو الشرعية بمصر (٨٠١)

٣٩ – لا تفريق للسجن اذا كانت مدة السجن اقل من ثلاث سنوات .
محكمة السيدة الشرعية (٨٠١)

٤٠ – ان نفقة الزوجة على زوجها ولو كانت غنية . محكمة النقض السورية (٨٥٦)

٤١ – ان رد الدعوى للاعسار لا يمنع تجديدها . محكمة النقض السورية (٨٥٦)

٤٢ – النفقة التي تطالب بها الزوجة في التفريق هي نفقة المعسرين لا الموسرين
محكمة ديروط الشرعية بمصر (٧٥٦)

٤٣ – لا تطلق الزوجة للاعسار اذا كان لها كفيل بالنفقة وموسر وله مال
ظاهر . محكمة سنورس الشرعية (٧٥٦)

٤٤ – اذا تعذر الاعذار الى المدعى عليه بالانفاق حكم القاضي بالتفريق
بدون اعذار . محكمة الفيوم بمصر (٨٥٧)

٤٥ – لا تسمع من الزوج دعوى مراجعة مطلقته للاعسار ما دامت حاله لم
تتغير الى اليسار (ملاحظتنا حول هذا الحكم) (٨٥٧)

٤٦ – لا تقع الرجعة من طلاق للاعسار الا اذا ايسر الزوج واستعدللانفاق
محكمة شبين القناطر (٦٥٧)

٤٧ – القاضي هو يقدر كفاية اليسار والاستعداد للنفقة من الاعسار محكمة
الاسكندرية الابتدائية الشرعية (٨٥٧)

٤٨ – الرجعة مع الاصرار على عدم الانفاق رجعة باطلة .محكمة ههيا
الشرعية بمصر (٨٥٨)

٤٩ – الرجعة بشرط الاستعداد للانفاق واليسار صحيحة اذا حصلت الرجعة
في العدة . محكمة طنطا الشرعية (٨٥٨)

٥٠ – تغيير الدين طلاق وليس بفسخ لدى الاحناف . محكمة المنيابمصر (٩٨٣)

٥١ – لا تقع الفرقة بتغيير الدين بنفس الاسلام محكمة القاهرة الابتدائية (٩٨٣)

٥٢ – اذا اسلم الزوج والزوجة كتابية فلا فرقة محكمة القاهرة الابتدائية (٩٨٣)

فهرس اهم المبادىء القضائية والملية
التي وردت في هذا الكتاب للشرائع اليهودية والمسيحية والقوانين الاجنبية

٩ — التطليق للمرض خشية العدوى لدى الاقباط الارثوذكس محكمة القاهرة الابتدائية (٧٢٩)

١٠ — حق طلب التفريق للسليم دون المريض لدى الارثوذكس مجلس ملي فرعي الاسكندرية (٧٢٩)

١١ — التطليق للجنون لدى الارثوذكس ينبغي مضي خمس سنوات على المرض محكمة دمنهور الابتدائية (٧٢٩)

١٢ — اذا اثبت التقرير الطبي ان الزوج مصاب بعنة نفسية جاز التفريق لدى الارثوذكس . محكمة الاسكندرية الابتدائية (٧٢٩)

١٣ — حصر الامراض المسوغة للتفريق والرجوع الى قانون١٩٣٨لدى الارثوذكس (نقدنا لهذا الحكم) . محكمة استئناف القاهرة (٧٣٠)

١٤ — الامراض التي تجيز التفريق جاءت على سبيل الحصر لدى الاقباط الارثوذكس . استئناف القاهرة (٧٣١)

١٥ — لا تفريق بسبب الضرب لدى اليهود الا اذا اعتاد الزوج ذلك . استئناف القاهرة (٨٠٤)

١٦ — التفريق للغياب لدى اليهود يجب ان يكون لغير عذر مقبول . استئناف القاهرة (٨٠٥)

١٧ — استئناف النفور بين الزوجين سبب يبيح الطلاق لدى الاقباط الارثوذكس استئناف القاهرة (٨٠٨)

١٨ — يجب البحث عن المتسبب بالضرر لغير المتضرر حق طلب التفريق لدى الاقباط الارثوذكس . استئناف القاهرة (٨٠٨)

١٩ — التفريق للاساءة لدى الاقباط الارثوذكس . استئناف الاسكندرية (٨٠٨)

٢٠ — اذا تعذر عودة الحياة الزوجية جاز للقاضي التفريق لدى الاقباط الارثوذكس . محكمة بنها الابتدائية (٨٠٩)

٢١ — اذا وصل الخلاف بين الزوجين الى اتهام احدهما بوجود علاقة بينه

وبين اجنبي جاز التفريق لدى الاقباط الارثوذكس
استئناف الاسكندرية (٨٠٩)

٢٢ – استمرار تبادل الاتهامات بين الزوجين سبب يبرر التفريق لدى الاقباط الارثوذكس مجلس ملي فرعي الاسكندرية (٨١٠)

٢٣ – اتهام الزوجة لزوجها بجريمة خلقية سبب مبرر للتفريق لدى الاقباط الارثوذكس . محكمه القاهرة الابتدائية (٨١٠)

٢٤ – اذا هجر الزوج زوجته خمس سنوات جاز لزوجته طلب التفريق لدى الاقباط الارثوذكس استئناف الاسكندرية (٨١٠)

٢٥ – يجب ان يكون مصدر الهجر المدعى عليه لطلب التفريق لدى الاقباط الارثوذكس محكمة القاهرة الابتدائية (٨١٠)

٢٦ – يجوز التفريق لدى الارمن الارثوذكس في حال وجود تنافر بين الزوجين يجعل الحياة المشتركة مستحيلة . استئناف القاهرة (٨١١)

٢٧ – الاعتداء الذي يصل الى محاولة القتل سبب مبرر للطلاق لدى الاقباط الارثوذكس محكمة المنيا الابتدائية (٨١١)

٢٨ – يجوز التطليق للغيبة لدى لارثوذكس مجلس ملي فرعي دمنهور (٨١١)

٢٩ – يشترط في التفريق للسجن لدى الاقباط الارثوذكس ان تكون مدة العقوبة سبع سنوات . محكمة استئناف القاهرة (٨١١)

٣٠ – ان حكم الادانة في جنحة لايجوز ان يعتبر اهانة جسيمة يجيز طلب التفريق في القانون الفرنسي الا اذا كان بسبب حادث يخل بشرف الزوج مباشرة محكمة تولوز (٨١٤)

٣١ – ان مجرد الاهانة مرة واحدة ولو كانت غير علنية يكفي لان يكون سبباً للطلاق بسبب ان تكون الاهانة جسيمة في القانون الفرنسي . حكم دائرة الالتماسات الفرنسية (٨١٦)

٣٢ ـ المقصود باعمال العنف التي تبرر دعوى الطلاق في القانون الفرنسي هي تلك الاعتداءات الصادرة من زوج على حياة زوجه الآخر التي تعرض حياته للخطر . محكمة مونبيليه بفرانسا (٨١٦)

٣٣ ـ امتناع الزوج عن مباشرة زوجته عدة شهور يعتبر اهانة جسيمة في حقها يجيز لها طلب التفريق في القانون الفرنسي . حكم دائرة الالتماسات الفرنسية (٨١٦)

٣٤ ـ ان هجر الزوج مسكن الزوجية يمكن ان يعتبر اهانة جسيمة في القانون الفرنسي . حكم محكمة ديجون في فرانسا (٨١٦)

٣٥ ـ شعور الكراهية وعدم الثقة التي يواجه بها الزوج زوجته يمكن ان تعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها طلب التفريق في القانون الفرنسي . حكم دائرة الالتماسات (٨١٦)

٣٦ ـ الاعتداء بالضرب والاذى ومنع الزوجة من الخروج يعتبر خطأ يجيز للزوجة طلب التفريق في القانون اليوناني . محكمة الاسكندرية (٨١٨)

٣٧ ـ سوء سلوك الزوجة يجيز للزوج ان يطلب الطلاق بسببه لدى اليهود . حاخاخمانة الاسكندرية (٩٠٦)

٣٨ ـ التفريق للزنا في المسيحية يشمل الزنا حقيقة والزنا الحكمي وهو الطريق المؤدي الى الزنا محكمة القاهرة الابتدائية (٩١٦)

٤٠ ـ سوء المعاشرة واستحكام الخلاف سبب يبرر طلب الطلاق . محكمة استئناف الاسكندرية (٩١٧)

٤١ ـ اذا ساء احد الزوجين معاشرة الآخر واخل بواجباته كان سبباً مبرراً لطلب الطلاق محكمة الاستئناف في القاهرة (٩١٧)

فهرس مواضيع الكتاب

تمهيـــد

طلاق المريض مرض الموت (١١٢) ما ذهب اليه القضاء السوري في طلاق المريض مرض الموت (١١٢) ٢ ــ طلاق المرتد (١١٦) ٣ ــ ما نراه في هذا الموضوع لم يعد الحظر الدياني كافياً في الطلاق لدى نفوس بعدت عن دينها فلا بد من تدخل القضاء (١١٧) اذا أساء الزوج استعمال حقه في الطلاق فالقاضي يلزمه بالتعويض . ان الفقهاء حين اجمعوا على اعطاء حق الطلاق للرجل دون رقيب فانما قرروا ذلك لمن يستخدم هذا الحق في محله (١١٨)

٤ ــ المتعة وأقوال الفقهاء فيها (١٢٠) رأي الظاهرية والشافعية (١٢٠) مذهب الاحناف (١٢٢) مذهب المالكية والحنابلة (١٢٣) الجعفرية (١٢٤) . ما ذهب اليه القانون السوري . ما نراه في تحديد التعويض بنفقة سنة (١٢٥) .

الفصل الثالث ــ انواع الطلاق

المبحث الاول : الطلاق الرجعي وأحكام الرجعة .

الطلاق الرجعي . الرجعة . تعريفها (١٢٦) ودليلها ومصدرها (١٢٩) بم تحصل المراجعة (١٣١) هل تصح المراجعة بفعل من الزوجة (١٣٤) الرجعة بقصد المضارة (١٣٥) رأينا : ان الرجعة بقصد المضارة باطلة ويعتبر طلاق الزوج زوجته ثانية دون أن يجامعها قرينة على الضرر والطلقة الثانية باطلة لأن الرجعة غير صحيحة (١٣٨) ما ذهب اليه القانون الاندنوسي ان الرجعة بدون رضاء الزوجة غير صحيحة (١٣٩) نقدنا لهذا القانون وبيان رأينا فيه (١٣٩) الاعلام بالمراجعة. (١٤٠). ترجيحنا للرأي القائل بوجوب اعلام الزوجة بمراجعتها وإلا كانت باطلة (١٤٣) الاشهاد على المراجعة (١٤٣)

المبحث الثاني : الطلاق البائن بينونة صغرى

أنواع الطلاق البائن في مختلف المذاهب (١٤٦) هل يملك الرجل أن يجعل من الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً (١٤٨) .

المبحث الثالث : الطلاق البائن بينونة كبرى (١٥١)

الفرع الأول : الطلاق في القرآن الكريم . ما ذهب اليه المفسرون في قوله تعالى : الطلاق

مرتان (١٥٢) اختلاف المفسرين بتأويل آية الطلاق مرتان هل هي لبيان الطلاق المشرع ام لبيان الطلاق الذي يملك فيه الزوج الرجعة . رأينا ان كلا التأويلين لا بد أن يعتمد على تفسير صحيح لكلمة التسريح في الآية (١٥٥) معنى التسريح (١٥٦)

الفرع الثاني : الطلاق السني والبدعي (١٥٨) هل ايقاع الطلقات الثلاث محرم ديانة ام قضاء (١٥٨) ادلة من قال ان الطلاق الثلاث بدعي محرم (١٦٠) الطلاق السني والبدعي لدى الاحناف (١٦٣) لا بدعة في طلاق الثلاث لدى الشافعية وابن حزم (١٦٧) . رأينا فيما ذهب اليه الشافعي وابن حزم .

الفرع الثالث : هل يقع الطلاق الثلاث : المطلب الأول : تصنيف الموضوع (١٧٠) تصنيف ابن حزم (١٧١) ملاحظاتنا حول هذا التصنيف . تصنيف ابن القيم (١٧٢) تصحيح بعض ما ذهب اليه ابن القيم ورأينا في تصنيفه (١٧٣) ما ذهب اليه القرطبي وابن حجر وصاحب سبل السلام (١٧٩)

المطلب الثاني : التصنيف الذي نختاره (١٨٠) المذهب الاول : مذهب عدم وقوع الثلاث (١٨١) عدم صحة قول الشوكاني الذي اعتبره الاستاذان الزفزاف والخفيف حجة لرأيهم . نقدنا للشوكاني (١٨٢) تحرير النقول التي تناقلها الفقهاء القدامى والمحدثون في هذا الموضوع (١٨٣) خطأ ما ذهب اليه صاحب الروضة الندية وتصحيحنا لذلك (١٨٤) مناقشة الاستاذ الزفزاف فيما نقله (١٨٥) مناقشة الاستاذ الخفيف (١٨٦) مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بكلمة واحدة (١٨٨) اضطراب النقل في هذا المذهب في المؤلفات القديمة والحديثة . تحرير مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بلفظ واحد (١٩٢) المذهب الثاني : من قال بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة (١٩٤) .

مذهب الجعفرية في الطلاق المتتابع (١٩٤) خلاصة مذهب الجعفرية : ان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع واحدة عند جمهورهم . وقال بعضهم : لا يقع به شيء . أما الطلاق المتكرر المتتابع فلا خلاف أنه يقع واحدة (١٩٧) .

مذهب الزيدية في الطلاق الثلاث : لا يقع إلا واحداً خلافاً لما نقله الاستاذان الزفزاف والخفيف (١٩٨) من قال بهذا المذهب من فقهاء المذاهب الاخرى . ابن تيمية وابن القيم وغيرهم (١٩٩) تصحيح ما نقله ابن القيم عن ابن مغيث المالكي ورأينا فيما ذهب اليه (٢٠٠)

المذهب الثالث . مذهب الجمهور : يقع الطلاق المقترن بعدد أو المتكرر كما اوقعه الزوج(٢٠٤)

المطلب الثالث : أدلة من قال لا يقع الطلاق إلا واحدة (٢٠٥)

١ — الاحاديث : أ — حديث ابن عباس (٢٠٥) رد العلماء على هذا الحديث :
١ً — فتوى ابن عباس تخالف روايته . مناقشة فتوى ابن عباس : هل صحيح ان ابن عباس خالف روايته (٢٠٧) هل يجوز للصحابي أن يخالف روايته (٢٠٨) حكم مخالفة الراوي بفتواه ٢ً — عدم علم الرسول برواية ابن عباس (٢١١) مناقشة ذلك . ٣ً — الجرح في حديث ابن عباس : لم يروه البخاري . مضطرب من جهة المتن والاسناد . انفرد به راويه فهو شاذ . لم ينقله عن ابن عباس إلا طاوس (٢١٢) مناقشة هذه الأقوال (٢١٣) . ٤ً — تأويلات حديث ابن عباس : تغيير عادة لا تغيير حكم . المقصود بالثلاث التأكيد لا التكرار . دعوى النسخ (٢١٨) مناقشة هذه التأويلات والرد عليها .

ب — حديث ركانة . رد الجمهور على هذا الحديث ومناقشة هذه الردود (٢٢٥) منشأ الخلاف في حديث ركانة (٢٢٨) رأينا في حديث ركانة (٢٣٠) .

٢ — مذهب بعض الصحابة والتابعين (٢٣١) .

المطلب الرابع : أدلة الجمهور . (٢٣٣) ١ — الاحاديث (٢٣٣) حديث ابن عويمر العجلاني (٢٣٤) . حديث محمود بن لبيد (٢٣٥) . حديث عبادة بن الصامت (٢٣٦) . حديث فاطمة بنت قيس (٢٣٦) . ٢ — الاجماع (٢٣٧) مناقشة أدلة الجمهور (٢٤٠) .

ما نراه في هذا الموضوع (٢٤٦) ١ — في الاحاديث الواردة في الطلاق الثلاث . العبرة

الباب الثاني ـ الطلاق بالارادة المنفردة

الفصل الاول ـ الصيغة

الفصل الثاني ـ القصد

الاحتيال وضماناً لحقوق الزوجة (٣٤٣) خلاصة ما نراه في هذا الفصل : ان الطلاق يجب أن يتوافر فيه القصد مع اللفظ (٣٤٣) .

الفصل الثالث : المطلق

الفصل الرابع : المطلقة

كالنكاح المنهي عنه . (٤٤٢) كل عمل خالف الشرع فهو مردود (٤٤٣) .

مناقشة أدلة القائلين بعدم الوقوع . مناقشة الدليل الاول : هل النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهي عنه (٤٤٥) هل النهي عن الطلاق في الحيض نهي عن شيء غير الطلاق رأي الاستاذ الشيخ محمد الزفزاف (٤٤٦) رد ابن تيمية على من قال ان النهي عن الشيء لا يقتضي فساد المنهي عنه (٤٤٦) .

مناقشة أهم ما ورد في الدليل الثاني من أحداث : رواية أبي الزبير ورد الجمهور من طريقين . طريق التفسير والتأويل . طريق الجرح في الراوي (٤٤٨) ما نراه في رواية أبي الزبير جملة الاراء : أنه يدلس في أحاديثه . يعارض الرواية ما هو أقوى منها انفراده بهذه الرواية (٤٤٩) .

مناقشة الدليل الثالث (٤٥٣) خلاصة ما نراه في الادلة القياسية (٤٥٦) .
الفرع الخامس (٤٥٧) رأينا في الطلاق في الحيض . الأمور التي أجمعت عليها الروايات ومنشأ الخلاف :

١ — استفسار عمر عن الطلاق في الحيض (٤٥٧) — ٢ — تغيظ النبي من ابن عمر لأنه ارتكب محرما — ٣ — قوله عليه السلام لابن عمر ما هكذا أمرك الله — ٤ — أمر النبي ابن عمر بمراجعة زوجته . أولاً : ما المراد بالمراجعة (٤٥٩) المراجعة بمعناها اليوم جاءت الرد في القرآن الكريم (٤٦٠) المراجعة في السنة جاءت على غير معناها الاصطلاحي (٤٦١) ما يبدو لنا من معاني كلمة المراجعة العودة الى الزوجة غير المطلقة حيث اعتزلها زوجها لأنها حائض (٤٦٢) ثانياً : سبب المراجعة : إما ان الطلاق لم يقع (٤٦٤) وإما انه تشريع جديد على من طلق في الحيض فالواجب عليه مراجعة مطلقته . ثالثا : ما فائدة المراجعة (٤٦٥) ان في المراجعة اذا وقع الطلاق اضرار بالزوج وبالزوجة حيث تطول العدة بدون فائدة (٤٦٧) ما يراه بعض الفقهاء المعاصرين في وقوع الطلاق في الحيض . رأي الاستاذ الشيخ علي الخفيف . رأي الاستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت . ما يراه الاستاذ علي حسب الله(٤٦٨) الطلاق في الحيض في قوانين الجعفرية في لبنان والعراق وما جاء في القانون المغربي (٤٦٩) .

* * *

الجزء الثاني

الباب الثالث : الطلاق باتفاق الزوجين

الفصل الأول : الخلع في الشريعة الاسلامية

رأي الحنابلة (٥٦٨) الاشهاد في الخلع . (٥٦٩)

الفرع الرابع : العوض . المطلب الأول : مشروعية اخذ العوض في الخلع (٥٧٠) – ١ – هل يشترط الشقاق والخلاف بين الزوجين لجواز الخلع . رأي الجمهور عدم الاشتراط (٥٧١) ما ذهب اليه الزيدية والظاهرية والجعفرية انه لا يجوز الخلع إلا بوجود الشقاق بين الزوجين . ادلة الطرفين ومناقشتها (٥٧٢) – ٢ – شرط الكراهية من الزوجة . عدم اشتراط الجمهور الكراهية لصحة الخلع (٥٧٣) اشتراط الظاهرية والجعفرية شرط كراهية الزوجة لصحة الخلع (٥٧٤) الخلاف عند الزيدية (٥٧٥) مذهب الاباضية (٥٧٦) – ٣ – شرط عدم المضارة من الزوج (٥٧٦) مذهب الحنابلة : اذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها فالخلع باطل ويقع الطلاق رجعياً (٥٧٦) مذهب المالكية : الخلع غير صحيح في حال مضارة الزوج واذا قبض عوض الخلع فيجب عليه رده (٥٧٧) مذهب الاحناف : عدم جواز العضل غير ان الخلع صحيح ويحرم ديانة . منشأ الخلاف في راينا منشأه القاعدة الاصولية ان النهي عن الشيء هل يقتضي فساد المنهي عنه (٥٧٨) مذهب الاباضية : اذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها يجوز قضاء لا ديانة (٥٧٩)

المطلب الثاني : مقدار العوض في الخلع اولا : اذا كان النشوز من جانب الزوجة ثلاثة اقوال للفقهاء (٥٨٠) – ١ – الزيدية : لا يجوز الخلع باكثر مما دفع الزوج لزوجته من مهر وما للزوجة عند زوجها من حقوق نفقة لها ولأولادها . – ٢ – الظاهرية والجعفرية والشافعية والمالكية : يجوز ان يكون العوض اكثر مما دفعه اليها من مهر . ما نراه في تحديد عوض الخلع (٥٨٢) يجب الا يتجاوز عوض الخلع عما ساقه الزوج الى زوجته من مهر وذلك لثلاثة امور : لمدلول الآية الكريمة : ولا يحل لكم .. ولحديث ثابت بن قيس . وللمصلحة التي تؤمن تحقيق الخلع بشكل لا تعسف فيه (٥٨٢) ثانياً : اذا كان النشوز من جانب الزوج والكراهيه منه مذهب الاحناف : عدم جواز اخذ العوض ديانة (٥٨٣)

المطلب الثالث : نوع العوض الذي يتم به الخلع (٥٨٥) الخلع على اسقاط حق احد

الزوجين في امساك ولده مدة الحضانة . خلاف المذاهب في ذلك منشأ الخلاف في رأينا يدور حول حق الحضانة هل هو حق للطفل فلا يجوز التنازل عنه ام هو لأحد الابوين فيجوز لأحدهما التنازل عنه (٥٨٥)

الفرع الخامس: الخلع لدى القاضي. من ذهب الى ان الخلع لا يجوز الا عند القاضي (٥٨٧) رأي الجمهور عدم اشتراط ذلك (٥٨٧) ادلة الجمهور ومخالفيهم ومناقشة هذه الادلة (٥٨٩) ما نراه في هذا الموضوع : وجوب التفرقة بين حالين : الرضا في المخالعه فلا يشترط وجود القاضي وحال عدم الاتفاق كما في حـــال الشقاق فيجب حضور القاضي خاصة ونحن رجحنا الا يتجاوز عوض الخلع ما ساقه اليها (٥٩٠)

البحث الثالث : آثار الخلع (٥٩١) ــ١ ــ من قال ان الخلع طلاق بائن (٥٥٢) ادلة من قال ان الخلع طلاق بائن (٥٩٤) ــ ٢ ــ من قال ان الخلع طلاق رجعي وادلتهم (٥٩٦) . الرد على ابن حزم ومناقشة الظاهرية فيما ذهبوا اليه (٥٩٧) ما جاء في زاد المعاد نقلا عن سعيد بن المسبب . تصحيح ما ذهب اليه ابن القيم . ملاحظاتنا حول ما فهم من كلام سعيد بن المسبب (٥٩٩) ــ ٣ ــالخلع طلاق بائن وينقلب رجعياً (٦٠١) الخلع طلاق عند الجعفرية وليس بفسخ . تحرير هذه المسألة من مختلف كتبهم لاضطرابها (٦٠٢) والتحقيق على ان الخلع طلاق بائن لدى الجعفرية غير ان للزوجة حق الرجوع فيما بذلته فيصبح الخلع رجعياً فان شاء الزوج راجع زوجته ما دامت في العدة (٦٠٤) ــ ٤ ــالخلع فسخ وليس بطلاق (٦٠٥) ادلة من قال ان الخلع فسخ (٦٠٧) الادلة التي ساقها ابن القيم على ان الخلع فسخ . ملاحظاتنا على ما جاء به ابن القيم وما نقله الشيخ علي الخفيف والشيخ محمد الزفزاف (٦٠٨) ما جاء من ادلة ابن القيم لا تصح حجة على الاستدلال لهذا الرأي (٦٠٩) . مناقشة من قال ان الخلع فسخ ومن قال انه طلاق : القرآن السنة (٦٠٩) فتاوى الصحابة (٦١١) هل ينقلب الخلع الى طلاق اذا تغيرت صيغته . ما نقله ابن قدامه في المغني (٦١٢) ملاحظاتنا حول هذا النص . ما جاء في فتاوى ابن تيميه (٦١٣) مناقشة ابن قدامه وابن تيميه وتصحيح ما ذهب اليه (٦١٤) ما نرجحه : ان الخلع باي لفظ وقع يجب الا يصرفه عن حقيقته (٦١٥) رأينا في آثار الخلع : ان الخلع فسخ للأمور التالية

١ — ان الطلاق حق ينفرد به الزوج اما الفسخ فهو بالتراضي والخلع كذلك .
٢ — الأصل في ان يكون رجعياً و في اعتبار الخلع طلاقاً رجعياً تنافياً مع الغرض المقصود منه فكان لا بد من اعتباره فسخاً توسعة لعدة الطلقات التي يملكها الزوج ٥ — وفي ذلك قضاء على تعدد الطلقات في العدة ٦ — وفي هذا ايضاً قضاء على خلع الاجنبي اذ أنالفسخ لا يجوز ان يكون إلا بين الزوجين أو من ينوب عنهما (٦١٥) الاثار التي تترتب على اعتبار الخلع فسخاً أو طلاقاً (٦١٦)

المبحث الرابع : اذا طلبت الزوجة المخالعة من زوجها فهل يجب عليه أن يلبي طلبها فيطلقها (٦١٨) الجمهور على أنه يندب للزوج ان يجيب زوجته الى طلبها بالمخالعة . بعض الجعفرية وبعض الحنابلة انه يجب ذلك وجوباً لا ندباً (٦٢٠) ما اراه في هذا الموضوع : ان الزوجة اذا طلبت المخالعة فيجب على الزوج ديانة ان يجيبها الى ذلك بعد تعذر الاصلاح وإلا رفعت الأمر للقاضي فيفرق بينهما (٦٢١) ما يرد من اعتراضات على هذا الرأي (٦٢١) —١—ان امر النبي عليه السلام في خلع ثابت ابن قيس كان امر ندب واستحباب لا أمر وجوب . والجواب : ليس في الحديث ما يصرف الأمر عن الوجوب . بل هناك في بعض الروايات الصحيحة ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وثابت في بيته — ٢ — ان تفريق النبي كان بصفته مشرعاً فليس له صفة الدوام . والجواب : ان هذا التفريق كان تشريعاً بدليل ان هذه الحادثة هي من مصادر تشريع الخلع (٦٢٢) — ٣ — طلاق ثابت زوجته كان خوفاً من النبي. الجواب:لم يكن من عادة الصحابة الا الجرأة والمناقشة للنبي في جميع امورهم . ما يدل على ذلك من السيرة (٦٢٣) كان الصحابة يفرقون في اوامر النبي بين الاوامر التي لهم فيها الخيار وبين الاوامر الملزمة . الدليل على ذلك حديث بريرة . (٦٢٤) .بحث الموضوع من الناحية الواقعية (٦٢٥) اذا لم يحقق الزواج هدفه ، وتبين للزوجة في زوجها مالو رآه فيها لطلقها فماذا تفعل . قصة ام يزيد زوجة معاوية حينما فضلت اعرابياً على امير المؤمنين معاوية فطلقها (٦٢٦) تخيير النبي زوجاته بالبقاء او الفراق دليل على انه لا تعنت ولا اجبار ولا اكراه في الحياة الزوجية (٦٢٧) ما ذكره ابن رشد : ان الله جعل الخلع بيد المرأة اذا بغضت زوجها كما جعل الطلاق بيد الزوج اذا بغض زوجته

الباب الرابع : الطلاق بحكم القاضي

الفصل الاول : التفريق للعيوب والامراض

المذهب الثالث : مذهب ابن القيم : لا يجوز التفريق الا في حالتين : اذا امتنع عن الانفاق وهو قادر . واذا غرّ الزوج زوجته حين العقد فقال أنه ثري والحال أنه فقير (٨٣٥) .

المذهب الرابع : التفريق للاعسار ، أدلة هذا المذهب (٨٣٦) تفصيل مذهب التفريق للاعسار ١ - اذا كان الزوج قادرا على الانفاق ، مذهب الشافعية (٨٣٩) مذهب الحنابلة (٨٤١) مذهب المالكية (٨٤١) الاختلاف بين المذاهب الثلاثة (٨٤٢) ٢- اذا لم يكن للزوج مال (٨٤٢) ٣ - هل الفسخ فوري أم يجوز فيه التأجيل (٨٤٣) الشافعية(٨٤٣).الحنابلة.المالكية(٨٤٣)الرضا أو العلم بالاعسار (٨٤٥) ٥- ماهو مقدار النفقة التي ان اعسر بها الزوج حق للزوجة طلب التفريق (٨٤٦) آثار الفرقة وهل هي فسخ أم طلاق (٨٤٨) .

الفرع الثاني : التفريق للاعسار في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية (٨٤٩) لبنان، العراق ، تونس ، مصر (٨٥٠) الاردن المغرب (٨٥٠) ملاحظاتنا حول مواد التفريق للاعسار في القوانين العربية (٨٥٤) .

الفرع الثالث : الاجتهادات القضائية (٨٥٦) نفقة الزوجة على زوجها ولو كانت غنية مقدار النفقة للزوج المعسر (٨٥٦) اذا لم يترك الغائب نفقة، شروط الرجعة للمطلق للاعسار ، القاضي هو الذي يقرر اليسار (٨٥٧) اذا أصر الزوج على عدم الانفاق وراجع زوجته فالرجعة باطلة (٨٥٨) .

الفرع الرابع : ما نقترحه من مواد للتفريق بين الزوجين للاعسار (٨٥٩) .

المبحث الثاني : التفريق للاعسار لدى اليهود . طائفة الربانيين ، حالة غياب الزوج ، حالة تطوع آخر بالانفاق (٨٦٠) اذا تركت الزوجة بيتها للشقاق واستدانت ، اذا تركت الزوجة بيتها لضرب زوجها واستدانت من الغير حالة الاعسار (٨٦١) طائفة القرائين : وجوب النفقة على الزوج مقارنة بين الشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية في التفريق للاعسار (٨٦٢) .

الشريعة الاسلامية وبقية الشرائع والقوانين (٩٢٧) محاولة الاسلام اخفاء جريمة العار عن أحد الزوجين باللعان أما في بقية الشرائع فلا بد من ثبوت جريمة الزنا (٩٢٧) ان خيراً للمجتمع أن يفتح باب الطلاق على مصراعيه كما جاء في الشريعة الاسلامية من أن تملأ الشوارع بالزناة . وخير الف مرة أن يقال للأولاد يا أولاد المطلقين أو المطلقات من أن يقال لهم يا أولاد الزنا (٩٢٨) .

الفصل الرابع : الفرقة بتغيير الدين (٩٦٥)

المبحث الاول : أثر تغيير دين أحد الزوجين على الزواج
في الشريعة الاسلامية (٩٦٧)

من آثار المؤلف

الأهلية والولاية في قانون الأحوال الشخصية السوري	طبع دار الحياة بدمشق ١٩٦٣
الزواج والطلاق	طبع جامعة حلب ١٩٦٥
المدخل لعلم الفقه	طبع جامعة حلب ١٩٦٢
الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي	طبع جامعة حلب ١٩٦٣
القواعد الكلية في الفقه الإسلامي	طبع جامعة حلب ١٩٦٧
مصادر التشريع الإسلامي وطرق استنباط الأحكام	طبع جامعة حلب ١٩٦٤
أصول الفقه الإسلامي	طبع جامعة حلب ١٩٦٦
العرف والعادة وأثرهما في التشريع الإسلامي	طبع القاهرة ١٩٦١
المصالح المرسلة في الفقه الإسلامي	طبع دمشق (الآلة الكاتبة)
الأهلية والوصية والتركات (بالاشتراك مع الدكتور السباعي)	جامعة دمشق ـ الطبعة الثالثة ١٩٦٧
نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام	طبع دار الفكر بيروت ١٩٦٨
الوسيط في قوانين الأحوال الشخصية العربية	
مع ردها لأصولها من المذاهب الفقهية	
(الجزء الأول) : أحكام الزواج وآثاره	طبع دار الفكر بيروت ١٩٦٨

تحت الطبع :

الجزء الثاني : أحكام الطلاق
الجزء الثالث : النيابة الشرعية عن الغير
الجزء الرابع : أحكام الوصية وآثارها
الجزء الخامس : حقوق الأولاد والأقارب
الجزء السادس : التركات والمواريث